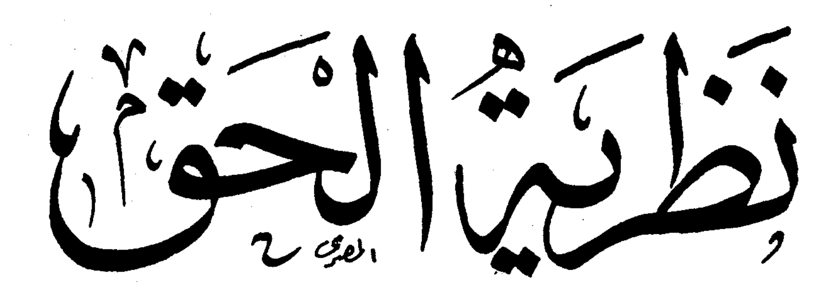


ماهية الحق ، أنواع الحقوق ، الأشياء محل الحق ، ميلاد الحق وحمايته وإثباته
الشخصية القانونية : الشخص الطبيعى ، الشخص المعنوى .

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ القانون المدنى بجامعة الاسكندرية
المحامى بالنقض والإدارية العليا

بسم الله الرحمن الرحيم

إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾

صدق الله العظيم

(سورة النساء ، الآية ١٠٥)

مقدمـــة

يحكم القانون سلوك الأفراد فى المجتمع، من خلال تنظيم الروابط فيما بينهم ، وبيان حقوقهم وواجباتهم المتبادلة من جهة ، وفى مواجهة الجماعة التى يعيشون فيها من جهة أخرى. فالحق هو حجر الزاوية فى النُظم القانونية المعاصرة . وهو موضوع دراسة هذا المؤلَّف .

نتناول دراسة نظرية الحق من خلال قسمين : نعرض فى القسم الأول لمقومات الحق ، ونخصص القسم الثانى للشخصية القانونية باعتبارها محور خطاب القواعد القانونية، ومدار التكليف والتمتع بالحقوق .

القسم الأول
مقومات الحق

يضم هذا القسم أربعة أبواب نعرض فيها على التوالى لكل من : ماهية الحق ، أنواع الحقوق ، الأشياء محل الحق ، ميلاد الحق وحمايته .

البــاب الأول
ماهية الحق

نقسّم دراستنا فى هذا الباب الى فصول أربعة . نخصص الفصل الأول لتعريف الحق . ونبيّن فى الفصل الثانى وجود فكرة الحق رغم محاولة انكار البعض لها . ونستعرض فى الفصل الثالث مكانة الحق فى النظام القانونى من خلال تمييزه عن غيره . ونختم الفصل الرابع بدراسة طبائع الحقوق وتقسيماتها.

الفصل الأول
تعريف الحق

أثار تعريف الحق الكثير من الأقوال والجدل . وتباينت النظريات المختلفة فى هذا الشأن . نبدأ بعرض النظريات التقليدية ثم نبيّن النظريات الحديثة فى تعريف الحق .

المبحث الأول
النظريات التقليدية
فى تعريف الحق

يمكن اجمال المذاهب الأولى أو النظريات التقليدية فى تعريف الحق بين اتجاهات ثلاثة: الشخصى، الموضوعى، المختلط.

أولا : المذهب الشخصى Tendance subjective

(أ) مضمون المذهب :

يُعتبر المذهب الشخصى من أقدم المذاهب فى تعريف الحق . فهو المذهب التقليدى classique فى هذا الشأن . ويُطلق عليه أيضاً مذهب الارادة La doctrine de la volonté . تزّعم هذا المذهب الفقيهان الألمانيان : فيندشايد Windscheid وسافينى Savigny .

يتسم هذا الاتجاه بالنزعة الذاتية أو الشخصية على اعتبار أن تعريف الحق يُنظر فيه الى شخص صاحبه . فإرادة صاحب الحق هى العنصر الجوهرى الذى يُميّز الحق . فالحق هو قدرة أو سلطة ارادية pouvoir de volonté يعترف بها

القانون للشخص فى نطاق معلوم . يتضح من ذلك أن للحق عنصران :

الأول : لا يتصوّر وجود الحق إلا بوجود شخص ذى ارادة يستحقه ويباشره . فالحق صفة تلحق الشخص وتجعله قادراً على القيام بعمل معيّن .

الثانى : لا يوجد حق إلا إذا أراد الشخص فى حدود القانون . الحق سلطة ارادية لا يمنحها الشخص لنفسه بل ان القانون هو الذى يمنح هذه السلطة للارادة ويرسم حدودها ، ولهذا ينبغى أن تكون تلك الارادة دائماً فى نطاق القانون وفى حدوده .

يتضح من ذلك أن جوهر المذهب الشخصى يكمُن فى أنه لا يوجد حق إلا إذا أراد الشخص فى حدود القانون ونطاقه . ومن ثم فإن هذا المذهب يتصل اتصالاً وثيقاً بالمذهب الفردى ومبدأ سلطان الارادة الذى يقرر للارادة سلطة انشاء الحقوق وتغييرها وانهائها . مؤدى ذلك أن يكون لصاحب الحق مُكنة استعمال أو عدم استعمال القاعدة القانونية التى تحدد سلوك الشخص الذى يثبت الحق فى مواجهته ، ويبدو ذلك بصدد ممارسة الحق أى سلطة صاحبه فى أن يضع أو لا يضع موضع التنفيذ الوسائل التى تقررها القاعدة القانونية لمصلحته . ويكون لصاحب الحق سلطة انشاء أو تعديل أو انهاء علاقة قانونية سابقة ، كحق المالك فى التصرف فى ملكه . وحق الدائن فى اسقاط الدين .

(ب) نقد المذهب الشخصى :

تعرّض المذهب الشخصى لعدة انتقادات أهمها :

١- يمكن أن يثبت الحق للشخص دون أن تكون له ارادة

أو دون تدخل منها فى اكتساب الحق ، ومن ثم ليس صحيحاً الربط بين الحق والارادة . فمن المسلّم به أن القانون يعترف ببعض الحقوق للمجنون والصبى غير المميّز رغم انعدام ارادتهم . وتثبت للغائب والموصى له والوارث بعض الحقوق دون علم أياً منهم .

٢- من المُسلّم به أن هناك بعض الحقوق التى تثبت للأشخاص المعنوية بالرغم من أنها لا تتمتع بارادة حقيقية.

٣- يخلط هذا المذهب بين الحق واستعماله أو بين جوهر الحق ووجوده وبين مباشرته . فالقدرة الارادية لازمة ، فى الغالب لمباشرة الحق وليس لثبوته ، إذ ليست هى جوهر الحق . فالحق قائم ولو لم يباشر صاحبه سلطاته . فالمالك مالك ولو لم يستغل ملكه ، ويتصرف فيه . ويثبت الحق للمجنون ، وتحل ارادة النائب فى مباشرة الحق محل ارادته . بل ان الارادة لا تلزم ، فى بعض الأحيان ، لمباشرة الحق . فكل من الصبى أو المجنون يستطيع استعمال منزله أوسيارته مادياً والاستفادة بمزاياهما دون حاجة الى ارادة .

ثانياً : المذهب الموضوعى Tendance Objective

(أ) مضمون المذهب :

صاحب هذا المبدأ هو الفقيه الألمانى اهرنج Ihering . ويعتمد فى تعريف الحق على موضوعه دون شخص صاحبه. ويرى أن الحق هو مصلحة يحميها القانون Intérêt juridiquement protégé . يتضح من ذلك التعريف أن الحق يتكوّن من عنصرين : أحدهما موضوعى والآخر شكلى .

يتصل العنصر الموضوعى أو المادى بالغاية العملية من

الحق . تُعبّر هذه الغاية عن ميزة أو منفعة معيّنة يحققها الحق لصاحبه . يمثل الحق من الناحية الموضوعية قيمة مالية أو أدبية ، أما من الناحية الشخصية ، فهو يمثل مصلحة لصاحبه ، هذه المصلحة قد تكون مادية وقد تكون معنوية، كمصلحة الانسان فى حماية شرفه وحريته وروابطه الأسرية .

ويتمثل العنصر الشكلى فى حماية القانون للحق عن طريق الدعوى القضائية . فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التى يهدف الى تحقيقها .

ويتمثل العنصر الشكلى فى حماية القانون للحق عن طريق الدعوى القضائية . فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التى يهدف الى تحقيقها .

يتضح من ذلك أن جوهر الحق يكمُن فى الفائدة والمصلحة وليس فى الارادة . فصاحب الحق هو من يدعى المنفعة أو المصلحة المقصودة من ورائه وليس من يدعى الارادة، ذلك أن الارادة تكون فى خدمة الحق . وقد يكون صاحب الحق شخصاً آخر غير الشخص الذى يقوم بمباشرته . فالوصى يباشر الحق الثابت لناقص الأهلية .

(ب) نقد المذهب :

تعرّضت هذه النظرية بدورها للانتقاد :

١- يعيب النظرية أنها تُعرّف الحق طبقاً للهدف أو الغاية المقصودة منه دون بيان ماهيته وجوهره . وينبغى أن ينصب التعريف على ذات الشىء وليس مجرد الهدف منه . فلا يكفى لتعريف حق الملكية بيان المزايا أو المصالح التى تعود على المالك من وراء ملكه بل يجب بيان الحق فى ذاته وجوهره ومضمونه .

٢ – ان الدعوى أو الحماية القانونية ليست عنصراً فى الحق بل هى نتيجة أو أثر للتسليم بوجوده . فالدعوى ليست مناط وجود الحق بل هى لاحقة على نشأته أو مجرد وسيلة لحمايته . فالحق لا يعتبر حقاً لأن القانون يحميه ، بل الصحيح أن القانون يحميه لأنه حق .

ثالثاً : المذهب المختلط La doctrine mixte

ظهر مذهب ثالث فى تعريف الحق يجمع بين الاتجاهين السابقين . لذلك أُطلق عليه المذهب المختلط ، إذ يجمع بين فكرتىّ القدرة الارادية والمصلحة . وينظر الى الحق من خلال صاحبه وموضوعه فى آن واحد . فالحق إذا كان سلطة أو قدرة ارادية فإنه فى ذات الوقت مصلحة محمية ، فهو ارادة ومصلحة فى نفس الوقت .

ولكن أنصار هذا المذهب انقسموا فيما بينهم بصدد تغليب أحد العنصرين على الآخر . فبعضهم يُغلّب دور الارادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه قدرة ارادية لشخص يعترف بها القانون ويحميها فى سبيل تحقيق مصلحة معيّنة . ويُغلب البعض الآخر دور المصلحة على دور الارادة ، فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة ارادية لشخص من الأشخاص ، أى أننا بصدد مصلحة محمية يقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة معترف بها لارادة معيّنة .

لم يحظَ هذا الاتجاه بدوره بالقبول ، حيث تعرّض لمجموع النقد الذى وجه الى كل من المذهبين السابقين . فالحق ليس قدرة أو مصلحة ، لذا فإن الجمع بينهما فى تعريف واحد لا يؤدى الى تحديد جوهر الحق وبيان ماهيته .

المبحث الثانى

النظرية الحديثة فى تعريف الحق

اتجه الفقه الحديث فى تعريف الحق الى محاولة الكشف عن مضمونه وجوهره وبيان ذاتيته والخصائص المميزة له . ويتمثل الاتجاه المعاصر فيما يسمى بنظرية الاستئثار والتسلط Appartenance- Maîtrise .

صاحب هذه النظرية هو الفقيه البلچيكى دابان Dabin. تولى هذا الفقيه دراسة النظريات السابقة ونقدها ثم قام بتحليل فكرة الحق وابراز العناصر التى يتكوّن منها ويتميّز بها . ويرى أن الحق يتضمن عناصر أربعة: عنصران داخليان هما : الانتماء والتسلط ، وعنصران خارجيان هما : ثبوت الحق فى مواجهة الغير والحماية القانونية .

١ - عنصر الاستئثار (الانتماء - الاختصاص) Appartenance :

يقصد بالاستئثار اختصاص شخص بمال un bien أو بقيمة Une valeur معينّة . فالحق هو استئثار يثبت للشخص على قيمة معيّنة على سبيل التخصيص والانفراد .

يحقق الاستئثار المصلحة المقصودة . ولكنه ليس المصلحة ذاتها . فالمصلحة هى هدف الحق وليست هى الحق ذاته . فالحق هو الاستئثار بالمصلحة أو بالقيمة . يستأثر المالك بقيمة الشىء بهدف الحصول على مزاياه . لذا يتضح الفارق بين الاستئثار كجوهر الحق ، وبين المزايا والمنافع التى يؤدى اليها . ولا تصبح المصلحة حقاً إلا إذا ثبتت للشخص على سبيل التخصيص والانفراد أى على سبيل الاستئثار .

ولا يوجد ارتباط بين الاستئثار بالقيمة وبين الانتفاع بها ، أى أن الحق ليس هو الانتفاع ، ولو أنه غالباً ما يتضمنه . فقد ينتفع بالشيء شخص غير مالكه أو غير صاحب الحق عليه. ولا يكفى أن ينتفع الشخص حتى يكون صاحب حق . فالمغتصب أو السارق ينتفع بالمال دون أن يكون صاحب الاختصاص به . ومن ثم فإن العبرة بالاستئثار وليس بالمصلحة أو التمتع أو الانتفاع .

ولا يوجد ارتباط بين الاستئثار وبين الارادة. فقد يثبت الاختصاص أو الاستئثار لشخص لا تتوافر لديه الارادة . فالمجنون أو الطفل يظل صاحب حق بما له من استئثار واختصاص ببعض الأشياء ، ولو انعدمت الارادة لديه . ويثبت الاستئثار للغائب أى أنه يكتسب الحق دون أن يكون لإرادته دخل فى ذلك . ويثبت الاستئثار كذلك لكل من الشخص الطبيعى والشخص المعنوى كالجمعيات والشركات .

وتتم ممارسة الاستئثار، غالباً ، بطريق مباشر دون تدخل أحد من الناس وذلك من خلال علاقة مباشرة بين صاحب الحق والقيمة التى يرد عليها . فمالك الشيء ينتفع به دون أن يتوقف ذلك على تدخل أحد . وقد يمارس الاستئثار بطريق غير مباشر حيث يلزم تدخل أحد الأشخاص للحصول على منفعة القيمة . فصاحب الحق الشخصى لا يختص بقيمته إلا عن طريق قيام المدين بالوفاء بما عليه . ويكون موضوع الاستئثار فى الحالة الأولى شيئاً معيناً كحق الملكية وغيره من الحقوق العينية . ويكون موضوع الاستئثار فى الحالة الثانية أداءاً معيناً أى عملاً أو امتناعاً معيناً يلتزم به شخص تجاه صاحب الحق وهذا هو حق الدائنية أو الحق الشخصى .

وتتنوع القيم والأشياء موضوع الاستئثار ، فقد تكون ذات طبيعة مادية خارجية كالعقارات والمنقولات . وقد تكون قيماً ذاتية متصلة بالشخص ولصيقة به كحياته وسلامة بدنه وحرياته ، وقد تنبع القيم من الشخص ومن انتاجه ثم تصير خارجة عنه ولكنها تظل مرتبطة به برابطة الاستئثار فيكون له حق عليها ، كحق المؤلف والملكية الأدبية والفنية . وقد يرد الاستئثار على عمل معيّن يلتزم بأدائه شخص آخر هو المدين.

أما عن أسباب الاستئثار ، فقد ينشأ من فعل اللّه سبحانه وتعالى ، كما هو الحال بالنسبة لحق الحياة ، وقد ينشأ عن فعل الارادة البشرية عن طريق الاتفاق بين الأفراد أنفسهم كالحقوق الناشئة عن العقود، وقد ينشأ عن ارادة المشرع نفسه.

٢- عنصر التسلط Maitrise :

يُعد عنصر التسلط هو الوجه الآخر للحق على اعتبار أن ثبوت القيمة للشخص هو الوجه الأول . يعتبر التسلط نتيجة ملازمة للاستئثار. ذلك أن ثبوت القيمة للشخص يؤدى حتماً الى التسلط . فطالما أن الشىء مملوك لصاحب الحق ، فإن ذلك يستلزم الاعتراف له بنوع من التسلط عليه .

ويُقصد بالتسلط ما يكون لصاحب الحق من سلطة على الشىء أو القدرة على التصرف بحرية فى الشىء موضوع الحق . وهذه القدرة تعد من مقتضيات الاستئثار ، فحيث يعترف القانون للشخص بالاستئثار بقيمة معيّنة ، فإنه يمنحه بالضرورة سلطة التصرف فيها بحرية . وتعنى حرية التصرف امكانية قيام صاحب الحق بالتصرف المادى أو القانونى فى الشىء أو باستعماله أو بعدم استعماله .

ويختلف التسلط عن مباشرة الحق أو استعماله .

فالتسلط لا يثبت إلا لصاحب الحق ولو وُجد مانع يحول بينه وبين مباشرته كنقص أو انعدام التمييز . أما الاستعمال فقد يتم بواسطة شخص آخر ، كالوصى يباشر عن القاصر حقوقه . فالوصى ليس صاحب الحق ويقتصر دوره على مباشرته واستعماله نيابة عن القاصر ولحسابه .

ويختلف مضمون التسلط ومداه بحسب طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحق . يكون التسلط كاملاً فى حالة الأشياء المادية حيث تخضع خضوعاً تاماً للانسان ، فله حرية استعمالها واستغلالها والتصرف فيها . ويكون التسلط وسطاً بالنسبة لحق الدائنية (الحق الشخصى) الذى يكون موضوعه أداءاً معيناً يقدمه شخص آخر هو المدين . يكون للدائن المطالبة أو عدم المطالبة بحقه أو النزول عنه أو حوالته للغير . ولكن ليس له المساس بشخص المدين . فالتسلط يقع فقط على الأداء باعتباره قيمة مالية معيّنة ، ولا يقع على شخص المدين . ويضيق نطاق التسلط فى حالة الحقوق التى يكون محلها الانسان نفسه أى الحقوق اللصيقة بشخص الانسان (كحقه فى سلامة جسده وحقه فى الحياة وفى الحرية) . فهذه الحقوق جزء من كيان الانسان لهذا يقتصر التسلط بصددها على التمتع بها والمحافظة عليها دون النزول عنها أو نقلها للغير أو اعدامها .

٣ - ثبوت الحق فى مواجهة الغير ،احترام الغير للحق :

توجد بجانب العلاقة بين صاحب الحق وموضوعه علاقة أخرى بين صاحب الحق والناس . فعنصرىّ الاستئثار والتسلط يكونان الحق فى مواجهة صاحبه ، أما فى مواجهة الغير فينبغى توافر عنصر ثالث لقيام الحق هو وجوب احترام كافة الناس له وتمكين صاحبه من اقتضاء هذا

الاحترام . يلتزم جميع أفراد المجتمع بالامتناع عن كل ما من شأنه المساس باستئثار صاحب الحق وتسلطه عليه .

يقوم هذا العنصر بالنسبة لكل أنواع الحقوق الشخصية والذهنية والعينية ، ولكنه يبدو بصورة بارزة فى الحقوق الشخصية وهى حقوق الدائنية حيث يكون المدين ملتزماً بالتزام محدد هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل . هنا ينبغى على المدين احترام حق الدائن والوفاء به ، هذا بالاضافة الى الواجب العام على كافة الناس باحترام هذا الحق .

يعنى ثبوت الحق فى مواجهة الغير أمران :

الأول : وجوب احترام الغير للحق والامتناع عن كل ما من شأنه الاضرار أو المساس بصاحب الحق فى استئثاره وتسلطه . يجب على الغير عدم الاعتداء على الحق الثابت فى مواجهته . فإذا ورد الاستئثار مباشرة على شىء معيّن كحق الملكية مثلاً ، فإنه يثبت قبِلَ الكافة وينبغى عليهم عدم الاعتداء عليه . أما فى حالة الاستئثار غير المباشر الذى يقتضى تدخل شخص أخر هو المدين ، فإن واجب عدم الاعتداء يقع أولاً على عاتق هذا المدين حيث ينبغى عليه احترام حق الدائن والوفاء به. ويقع هذا الواجب ثانياً على الكافة حيث يلتزمون بعدم التدخل أو المساس بالعلاقة بين الدائن والمدين.

الثانى : يكون لصاحب الحق اقتضاء احترامه وعدم الاعتداء عليه ، فيكون له الحق فى الدفاع عنه واسترداده . وتلك القدرة على الاقتضاء ليست هى مضمون الحق بل هى نتيجة له . فالحق يوجد باعتباره استئثاراً وتسلطاً ، ومن ثم فهو سابق على الاقتضاء . فلا يمكن المطالبة بحق الدائنية إلا بثبوت وجود دين مستحق الأداء فى ذمة الغير .

٤ - عنصر الحماية القانونية :

لا يكتمل الحق إلا إذا قامت السلطة العامة بضمان حمايته وتنظيمه ، وذلك بأن يُخوّل صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضى احترام الغير لحقه . ان مهمة النظام القانونى والدولة لا تقف عند تحديد حقوق الأفراد ، بل ان مهمتها الجوهرية هى أن تضمن تلك الحقوق ، وتتم حماية الحق عن طريق الدعوى أو الدفوع أمام القضاء .

والدعوى نتيجة لازمة للحق لأنها وسيلة حمايته ، لذا ينبغى التمييز بين الدعوى والحق المحمى لاختلاف محل كل منهما . فالحق فى الدعوى لا يتوافر إلا بتعرض الحق المحمى للاعتداء أو التهديد ، إذ لا دعوى بلا مصلحة . والتنازل عن الدعوى لا يعنى بالضرورة التنازل عن الحق ذاته الذى يظل قائماً محتفظاً بجوهره من حيث الاستئثار والتسلط والاقتضاء .

والأصل أن الحق فى الدعوى يكون لصاحب الحق نفسه ، فيكون له سلطة استعماله أو عدم استعماله ، إلا أنه فى بعض الحالات تتم مباشرة الدعوى بواسطة الولى أو الوصى أو الوكيل نيابة عن الأصيل .

تعريف الحق :

يتضح من الاتجاه الحديث فى تعريف الحق أنه استئثار شخص بقيمة معيّنة طبقاً للقانون . يكمن جوهر الحق فى ثبوت قيمة معيّنة لشخص بمقتضى القانون .

والقيمة التى يستأثر بها الشخص إما أن تكون قيمة مالية كحق الملكية أو قيمة أدبية أو معنوية كالحق فى الحياة والحق فى الحرية . ولا يكون الاستئثار حقاً إلا إذا تمتع بحماية القانون . تتمثل تلك الحماية عن طريق منح الشخص كافة

المُكنات التى تُخوّله الحصول على المزايا المرجوة من القيمة موضوع الحق.ويُعبّر عن تلك المكنات بما يسمى بالاقتضاء والتسلط .

يعنى الاقتضاء الزام المدين بأداء معيّن من جهة ، وكفالة احترام الكافة للقيمة موضوع الحق من جهة أخرى . فحق الدائنية يعطى الدائن مُكنة مطالبة المدين بأداء ما التزم به . ويجب على الكافة احترام حق الدائن فى اقتضاء حقه من المدين . أما التسلط فمعناه سلطة للشخص على شئ معيّن، أى أن القانون يكفل للشخص مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق الاستئثار بالقيمة المالية . فحق الملكية يخوّل المالك سلطة استعمال الشئ المملوك له واستغلاله والتصرف فيه . وينبغى على الكافة احترام هذا الحق حيث يخوّله القانون دفع كل اعتداء يقع عليه .

والحماية القانونية المتمثلة فى الاقتضاء والتسلط بالمعنى السابق تختلف عن وسيلة هذه الحماية وهى الدعوى أو الدفع. فالدعوى مجرد وسيلة لتحقيق الحماية القانونية ومن ثم فهى لا تعتبر عنصراً جوهرياً لوجود الحق بل هى نتيجة لوجوده.

ولا يضفى القانون حمايته إلا على الحقوق الجديرة بالحماية وهى تلك التى تتفق مع المصلحة العامة للجماعة . فالقانون يحرص على تحقيق مصالح الأفراد وحرياتهم بالقدر الذى يؤدى الى حفظ كيان المجتمع ورقيه .

مفهوم الحق فى الفقه الاسلامى :

الحق فى اللغة هو الأمر الثابت الموجود . استعمل فقهاء الشريعة كثيراً اصطلاح الحق دون محاولة وضع تعريف أو بيان محدد له . تم استخدام اللفظ فى أكثر من مجال للتعبير عن معان عدة .

ويمكن القول إجمالاً أن الفقهاء استعملوا اللفظ للتعبير عن كل ما هو ثابت ، بحكم الشارع واقراره ، لعين من الأعيان أم لشخص من الأشخاص . ويمكن أن يتمثل هذا الثبوت فى اختصاص أو ملك . أى أن الحق يطلق على كل عين أو مصلحة يكون للشخص ، بمقتضى الشرع ، سلطة المطالبة بها أو التنازل عنها أو منع تعدى الغير عليها . فيطلق على العين المملوكة ، وعلى الملك نفسه . ويطلق بصفة عامة على المنافع والمصالح الاعتبارية الشرعية التى لا وجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه . لذا قالوا من حقه أن يفعل كذا ، ومن حقه أن يتملك ، وهذا حق فلان ، وهذه العين حق فلان ، وحق فلان قبل فلان .

يتضح من ذلك أن لفظ الحق ، كما يُطلق على العين ، فإنه يطبق على المنفعة المالية والأدبية ، وعلى المال سواء كان منقولاً، أو عقاراً وعلى مرافق العقار كحق المرور وحق الشرب. ويطلق أيضاً على مفهوم الدعوى بمعنى المطالبة بالحق والدفاع عنه .

قسّم الأصوليون الحقوق الى أنواع ثلاثة :

١- حقوق خالصة للّه كالايمان والعبادات .

٢- حقوق خالصة للعباد كالدية والضمان .

٣- حقوق مشتركة . وهى إما أن يغلب عليها حق العبد كالقصاص وإما أن يغلب عليها حق اللّه كحد القذف .

وقسّم الفقهاء الحقوق عدة تقسيمات : حقوق متعلقة بالمال وحقوق متعلقة بغير المال ، حقوق تقبل الاسقاط وحقوق لا تقبل الاسقاط ، حقوق يصح الاعتياض فيها وأخرى لا يصح فيها ذلك ، حقوق مجردة وحقوق غير مجردة .

الفصل الثانى

وجود الحق

تعرّضت فكرة الحق للهجوم الشديد من جانب بعض الفقهاء فى نهاية القرن الماضى ، حيث أنكروا جدواها بل ووجودها القانونى . إلا أن تلك المحاولات باءت بالفشل وظل الحق كفكرة قائمة يمثل ركيزة أساسية فى النظم القانونية المعاصرة .

ونعرض للاتجاهات الرئيسية في انتقاد فكرة الحق والرد عليها :

الاتجاه الأول :

* ينكر أصحاب الاتجاه المذهب الوضعى فكرة الحق . ويأتى على رأسهم كل من « أوجيست كونت» A. Conte، وديجى Léon duguit.

هاجم أنصار هذا المذهب الفردى القائل بوجود حقوق طبيعية للانسان ، لصيقة به ولدت معه وتمتع بها فى حالة الفطرة قبل قيام الجماعة ، ينبغي على القانون احترامها والحفاظ عليها . بل ان هذه الحقوق تشكل الأساس الذى يركز عليه وجود القانون .

ينكر أنصار المذهب الوضعى ذلك التصور ويرون فيه ضرباً من الخيال البعيد عن الواقع حيث يستحيل تصور وجود حقوق للانسان المنعزل وحيداً دون العيش فى جماعة . فالفرد كائن اجتماعى يوجد دائماً فى مجتمع من الأفراد .

وتعنى فكرة الحق لديهم وجود قدرة أو سلطة ارادية

لشخص على آخر ، أى أن صاحب الحق تعلو ارادته على ارادة المدين المتحمل بعبء الواجب المقابل لهذا الحق. مؤدى ذلك وجود تدرج فى الارادات الانسانية ، أى تسلط ارادة فردية على ارادة أخرى . ويخالف ذلك الواقع والمساواة الطبيعية بين الارادات . لذلك لا يمكن وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد فى المجتمع .

ومن ثم ينبعى أن تختفى فكرة الحق لتحل محلها فكرة الواجب ، حيث يكون على كل شخص واجب تجاه الآخرين وتجاه الجماعة . فالانسان ليس له سوى الواجبات فى المجتمع الذى تكون له الأولوية على الفرد . ومن ثم لا توجد حقوق بل مجرد وظائف اجتماعية يؤديها الأفراد .

وينبغى اخراج فكرة الحق من نطاق القانون لتحل محلها فكرة المركز القانونى . فالقاعدة القانونية ، بمناسبة تنظيمها وضبطها لسلوك الأفراد ، تضع كل منهم فى مركز قانونى سلبى أو ايجابى . فالمدين الملتزم بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل يوجد فى مركز سلبى فى مواجهة الدائن صاحب المركز الايجابى .

* والواقع أن المذهب الوضعى السابق عرضه يقوم على تصوّر خاطئ لفكرة الحق لم يقل به أحد . فلا يعنى الحق امتياز أو علو ارادة على أخرى . بل ان القانون هو الذى يقرر المكنة للفرد انطلاقاً من واقعة قانونية معيّنة ، فالدائن يطالب بحقه استناداً الى العقد الذى يربطه بالمدين . والمضرور يطالب المسئول عن الضرر بالتعويض استناداً الى الخطأ الذى ارتكبه أو تحمله تبعة نشاطه .

والحقيقة أن أنصار هذا المذهب فى انكارهم لفكرة الحق

يحلون محلها فكرة المركز القانونى التى تحمل نفس المعنى من خلال لفظ مغاير . أى أن الانكار يقتصر على الاسم أو اللفظ دون المضمون أو الفحوى ، فالمركز القانونى الايجابى يخوّل صاحبه مُكنة محددة أو الاستئثار بقيمة معيّنة طبقاً للقانون ، وهذا هو جوهر الحق .

الاتجاه الثانى :

* إذا كان الاتجاه السابق يستند ، فى هجومه على فكرة الحق ، الى الأساس الاجتماعى ، فإن هذا الاتجاه يهاجم الحق من الوجهة القانونية .

يرى كلسن Kelsen أن فكرة الحق لا تتسق مع النظرية العامة للقانون . وتقوم هذه النظرية لديه على أن القانون نظام تدرجى هرمى يرتكز على قمته . يتكوّن النظام القانونى من قواعد قانونية متدرجة ترتكز على قاعدة أساسية تليها عدة درجات تبدأ بقواعد الدستور ، ثم التشريع والعرف ، ثم اللوائح والقرارات الادارية والأحكام القضائية والعقود الادارية.

وتتولد عن القواعد القانونية بدرجاتها السابقة ، عدة واجبات لا تقابلها حقوق . فلا يوجد فى النظام القانونى ، سوى قواعد قانونية تقتصر على انشاء التزامات قانونية على عاتق الأفراد تتمثل فى وجوب اتباع مسلك معيّن وإلا تدخلت الدولة للاجبار فى حالة المخالفة .

يعترف صاحب هذا الاتجاه بوجود الحق الشخصى ليس فى ذاته بل باعتباره حق انعكاسى droit réflexe أى مجرد انعكاس للالتزام الذى فرضته القاعدة القانونية على عاتق الفرد أو الأفراد ، حيث يترتب على هذا الالتزام وجود مركز قانونى شخصى يتحوّل الى قاعدة قانونية حقيقة .

* يتضح من ذلك التصوير أن هذا الاتجاه لا ينكر وجود الحق فى مضمونه ، بل فى مسماه ولفظه بهدف التركيز على فكرة الواجب أو الالتزام ، ومن ثم يتم التعبير عن الحق بلفظ القاعدة القانونية . فالمالك يتمتع بسلطاته على الشىء استناداً الى القاعدة القانونية التى تفرض على الكافة عدم المساس بذلك الشىء أو التعرض له . والواقع أن ذلك يعد اعترافاً بحق الملكية من وجهة مغايرة .

الاتجاه الثالث :

* يرى هذا الاتجاه أن فكرة الحق غير مجدية وخالية من مضمونها ، ولا يفيد استعمالها فى دراسة القانون الوضعى دراسة تنسيقية متكاملة . يصعب مع تلك الفكرة تحقيق التنسيق القانونى من خلال بيان نظام القواعد القانونية من الناحية الخارجية من جهة وعرض تناسقها الداخلى من جهة أخرى .

فقانون الجرائم لا يمكن أن يستند الى فكرة الحق وحدها. أضف الى ذلك أن فكرة الحق الخاص تؤدى الى عزل نصوص القانون الخاص عن الواقع الاجتماعى وتغفل الكثير من العلاقات والضوابط الاجتماعية القانونية القائمة بين مختلف القوانين .

* يرتكز هذا الاتجاه فى الواقع ، على تصوّر خيالى لدراسة القانون بعيداً عن الواقع العملى . تلعب فكرة الحق دوراً هاماً فى تحديد وضبط العلاقات والمراكز القانونية فى شتى فروع القانون . تستعمل فكرة الحق للتعبير عن المزايا والقيم التى يستأثر بها الأفراد والمراكز القانونية الخاصة بهم، وتبدو أهمية الفكرة بمناسبة التصرف فى هذه القيم والمراكز أو نقلها ، كما هو الحال فى حق الملكية مثلاً . وتظهر

فائدة فكرة الحق جليّة بمناسبة منح المضرور مكنة مطالبة المسئول عن الضرر بالتعويض . ويهيمن ذلك المبدأ على كافة فروع القانون : فى القانون الخاص بمناسبة العمل غير المشروع ، وفى القانون الادارى حين يكون المراد هو الطعن أو التعويض بمناسبة عمل من أعمال السلطة العامة ، وفى القانون الدولى بصدد تقرير المسئولية الدولية . مؤدى ذلك أن أهمية فكرة الحق تبدو فى تحديد الشخص الذى يتمتع بالحماية القضائية .

الاتجاه الرابع :

* يتمثل هذا الاتجاه فى مهاجمة فكرة الحق من الناحية التاريخية . فهذه الفكرة لم تكن قائمة خلال فترات طويلة من تاريخ القانون ، بل هى حديثة ومصطنعة .

كان القانون فى المجتمعات القديمة مجرد قواعد اجتماعية ترسم نطاق الأمور المشروعة وغير المشروعة ، ولم تكن المراكز الفردية سوى تطبيقات خاصة لتلك القواعد . ولفظ الحق "Jus" كان يقصد به قديماً العدل أو ما هو عدل.

ويسعى القانون الى تحقيق العدالة من خلال اقامة التوازن فى العلاقات والروابط بين الأفراد فى الجماعة . ومن ثم فإن مفهوم العدل تمثل فى ذلك النصيب الذى يحصل عليه الفرد من القيم والأشياء نتيجة التوزيع العادل لها . ومن هنا جاء القول بأن العدل هو اعطاء كل ذى حق حقه .

ولم يعرف القانون الرومانى بدوره فكرة الحق ، بل ارتكز هذا القانون على فكرة الدعوى حيث كان يعنى بتحديد الحالات التى يكون فيها للشخص دعوى أمام القضاء . ومن ثم فإن حقوق الأشخاص كانت تتمثل فى اطار ما يكون

للشخص من دعاوى . لذلك عرف القانون الرومانى الدعوى العينية للتعبير عن الحق الوارد على الشيء ، والدعوى الشخصية للتعبير عن الحق تجاه الشخص .

ظهر أول تعريف للحق بمعناه الحديث ، بوصفه السلطة التى يقرها ويحميها القانون الوضعى للشخص على المال ، بمناسبة التعارض بين تعاليم الفرنسيسكان بالزهد ، وعدم تملكهم للأموال وما تجمع لديهم من أموال طائلة ، حيث وجد نوع من التعارض بين النظرية والعمل والرغبة فى التوفيق بين التعاليم وعدم جواز تملك الرهبان للأموال . احتدم النقاش بين البابا والفرنسيسكان واتسم بالطابع القانونى الذى تبناه أحدهم وهو جيوم دوكام على نحو مهد لظهور فكرة الحق فقيل ان كلمة "Jus" لا تعنى ما يكون من نصيب الشخص عدالة وانما يقصد بها السلطة التى للشخص على المال ، وتمنح هذه السلطة عن طريق القانون الوضعى ويمكن حمايتها باللجوء الى القضاء.. وتختلف هذه السلطة عن الرخصة التى تتمثل فى مجرد السماح للشخص باستعمال المال ويمكن سحب هذه الرخصة ممن منحها .

وبناء عليه تم حل التعارض السابق بتقرير السماح للفرنسيسكان باستعمال الأموال التى منحتها لهم السماء دون أن تكون لهم أية سلطة على هذه الأموال ، ولا تكون بالتالى مملوكة لهم . ومن هذا الوقت فقط ظهرت فكرة الحق بمدلولها المعاصر .

* لا شك أن فكرة الحق الحق تعد من المفاهيم القانونية الحديثة إثر إرتقاء الفكر القانونى وتطوره ، ولا يعنى ذلك انكار هذه الفكرة ، حيث تكشف الحقائق التاريخية عن وجود الملكية فى المجتمعات البدائية . أضف الى ذلك أن الاستئثار

جوهـر الحق يعد حـقيـقة نفـسيـة لدى الانسـان مـنذ طفولـته .
ويؤكـد الـواقـع الاجـتمـاعـى أهـمـيـة القـواعـد القـانـونـيـة فـى حمـايـة حقوق الأفراد كوسيلة لتحقيق الأمن والاستقرار فى الجماعة.

الاتجاه الخامس :

* حاول البعض انكار فكرة الحق من خلال مهاجمة الحق الشـخـصـى كـوسـيلـة للـتـعـبـيـر عن المـصـالـح الـفـرديـة الأنـانـيـة لـلأشـخـاص ، وبأنـهـا تحـابـى الاسـتـغـلال المـطلـق لـلـحـقـوق الرسـمية، وتؤدى الى مـحو واجبات الأفراد قِبَل المجتمع .

ويرى هذا الاتجاه أن الحقوق تمنح للأفـراد للقيام ببعض الـوظائف الاجـتمـاعـيـة ، وينبـغى على أصـحـابـها اسـتـعمـالـهـا بما فيـه المصلحـة العامـة . فالملكـية مثـلاً تعد وظيـفة اجـتمـاعـية لا تستعمل إلا من أجل مصلحة المجتمع .

* يسـتـنـد هذا الاتجـاه فى هـجـومـه عـلـى المفـهـوم المطلـق لفكرة الحـق ، وهـذا المفهـوم غير صـحـيح ولـم يقل بـه أحد ، بل ان انصـار المذهب الشـخـصى ، رغم تطرفهم ، لم يصـوروا الحق أو الارادة الـفـرديـة بـأنـهـا أعـلـى مـن القـانـون بل ان لـهـا حـدود يرسـم معـالمها الـقـانـون الوضـعـى لمنع الـتـعـارض بين الحـقـوق وتحـقـيق الخيـر العام لـلجـمـاعة . ان فكـرة الحق المطلق خـالياً من كل قيد تعد صورة خيالية .

ان للفرد حـقوقاً يتمتع بـها داخل نطاق الجمـاعة ، ومن ثم لا يجوز اسـاءة استعمـالها على نـحو يتعـارض مع مقتضـيات العدالة والأخـلاق والرعاية الواجبـة للضـعفاء وفـى الحدود التى يقتضيها الفرد فى الجماعة . ان القانون الوضـعى يمنح الأفراد مكـنات ومـخـصـصـات معـيّنة يـتمـتعـون بـحـرية اسـتـعمـالـهـا والتصرف فيها تحت رقابته وفى الحدود المرسومة لها .

والواقع أن الاتجاه المذكور لا ينكر الحق فى ذاته بل يعمل على تحديد نطاق وبيان نسبيته بالنظر الى تحقيق وظيفته الاجتماعية . وتلك هى فلسفة القوانين المعاصرة فى اقامة التوازن بين الفرد والجماعة . فحق الملكية مقرر للفرد ولكن ترد عليه بعض الأعباء والقيود المقررة للصالح العام .

وجود الحق حقيقة واقعية فى كافة الأنظمة :

ترتكز فكرة الحق على حقائق تاريخية واجتماعية وقانونية تؤدى الى التسليم بها وصعوبة انكارها . أصبحت هذه الفكرة ركيزة أساسية وحقيقة واقعية فى كافة الأنظمة القانونية المعاصرة ، بل هى فكرة لا غناء عنها فى كل فروع القانون .

بل ان التطور يكشف عن ميلاً للزيادة فى الحقوق وتنوعها . فلم يعد الأمر قاصراً على الحقوق التقليدية بل اتسع ليشمل المجال الاقتصادى والفكرى ، مثل حق الملكية التجارية والصناعية والأدبية والفنية . ولم تعد الحقوق تمثل مجرد ثروة مادية لأصحابها بل أصبحت تمثل قيماً قانونية فى نشاط الجماعة على صعيد الائتمان والمعاملات المختلفة .

الفصل الثالث

مكانة الحق فى النظام القانونى المعا صر

نعرض فى هذا المقام للعلاقة بين الحق وكل من : القانون، المركز القانونى ، الواجب ، الحرية والرخصة .

المبحث الأول

الحق والقانون

يتمثل القانون فى مجموعة القواعد القانونية التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع والتى تكفل السلطة العامة الاجبار على طاعتها عند الاقتضاء .

* تقوم القاعدة القانونية بمهمتها فى تنظيم المجتمع من خلال ما تتضمنه من أحكام تكليفية وأحكام وضعية . يتضمن الحكم الوضعى ترتيب أثر معيّن نتيجة لتحقق فرض معيّن ، فهو يربط بين حدث وآخر فيجعل من أمر سبباً لأمر آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه . فالقرابة مثلاً تكون سبباً للميراث ، وموت المورث شرطاً لاستحقاق الميراث ، وقتل الوارث للمورث يُعد مانعاً من الارث .

أما الحكم التكليفى فيأمر بسلوك معيّن أو ينهى عنه أو يبيحه ، فقد يأمر الشخص بفعل معيّن كوجوب الوفاء بالالتزام ، وقد ينهاه عن عمل معيّن كوجوب امتناع البائع عن التعرض للمشترى بالنسبة للشىء المبيع ، وقد يخيّره بين القيام بالفعل أو تركه كحرية المالك فى تحويط ملكه من عدمه.

عندما يصدر القانون حكماً تكليفياً أو وضعياً إنما ينظم

علاقات الناس بترتيب مصالحهم وبيان ما يعتبر منها جديراً بالرعاية ، ويقيم نوعاً من التقابل بين المصالح والموازنة بينها ليحدد مركز كل من أصحابها . يقرر القانون ما يعتبر مصلحة مشروعة لكل شخص ، ويبيّن المزايا والمُكنات التى يتمتع بها صاحب هذه المصلحة ليصبح فى مركز ممتاز يؤهله للقيام ببعض الأعمال التى يحقق بها تلك المصلحة . ويتضمن القانون فى ذات الوقت بيان الحدود التى يلتزم بها الشخص فى استعماله لتلك المزايا والسلطات ، ويتضمن القانون من جهة أخرى أمراً الى كافة الناس بالامتناع عن التعرض لذلك الشخص ويفرض عليهم قيوداً لصالحه . مثال ذلك حق الملكية ، حيث يبيّن القانون الشروط التى بمقتضاها يكون الشخص مالكاً للشىء ويخوّله الاستئثار به وسلطة استغلاله والتصرف فيه ، ويرسم القانون حدود تلك السلطة وما يرد عليها من قيود ، وينهى سائر الناس عن اتيان أى عمل من شأنه أن يعوق استعمال المالك سلطته .

وبعبارة أخرى فإن القاعدة القانونية بصدد تنظيمها لنشاط الأفراد فى المجتمع تتضمن بعض الواجبات والتكاليف التى يلتزمون بها فى حياتهم الاجتماعية . ويظهر الواجب أو التكليف ، بالنسبة للآخرين ، فى صورة مُكنة أو سلطة فى اقتضاء الفعل أو الامتناع محل ذلك الواجب أو التكليف . ويُعبّر عن هذه المكنة أو السلطة التى تقابل الواجب أو التكليف بكلمة « الحق» . فواجب الزوج بالانفاق على زوجته يقابله حقها فى الحصول على النفقة . والتزام الطبيب أو المحامى بالامتناع عن افشاء أسرار عملائه يخولهم الحق فى مطالبته باحترام أسرارهم واقتضاء تعويض منه إذا أذاعها .

يتضح من ذلك قيام صلة وثيقة بين القانون والحق .

فالقانون الوضعى هو الذى يكفل احترام كل الحقوق . لا يتمتع الحق بوجود فعلى إلا إذا التزم الغير باحترامه ، ولا يتم ذلك إلا بوجرد قاعدة قانونية ، لذا لا يتصور قيام حق لا يستند الى القانون .

* ويثور الخلاف بين المفكرين حول ما إذا كان القانون هو مصدر الحق أم أن الحق هو أساس القانون . يرى المذهب الفردى أن الانسان هو الغاية وراء كل تنظيم قانونى ، ويولد الفرد متمتعاً بحقوق طبيعية قبل وجود القانون الذى يقتصر دوره على الاعتراف للأفراد بتلك الحقوق الثابتة لهم من قبل. فالقانون لا ينشىء الحقوق الفردية بل يقررها ويقوم بحمايتها والحفاظ عليها .

ويرى المذهب الاجتماعى أن القانون الوضعى هو مصدر كل الحقوق ، فهو الذى يتولى انشاء الحقوق ومنحها للأفراد. فالقانون هو أساس الحق . ذلك أن الجماعة هى غاية كل تنظيم قانونى وليس للفرد التمسك بحقوق إلا تلك التى تمنحها له الجماعة .

والواقع أن كل من المذهبين يجانب الصواب . فلا شك أن الحق لا يقوم إلا إذا كان له سند من القانون وذلك لضمان احترامه ، إلا أنه من جهة أخرى لا يمكن القول بأن القانون له سلطة التحكم فى منح الحقوق . فالقانون لا بد وأن ترتكز قواعده على جملة من الحقائق الواقعية والمثالية التى تؤكد تمتع الفرد ببعض الحقوق الأساسية التى لا يمكن انكارها .

المبحث الثانى
الحق والواجب

يتمثل الحق فى قيمة يختص بها الشخص ويحميها

القانون . يفرض القانون على الأشخاص احترام هذه القيمة وعدم التعرض لصاحبها فى استعمالها . يتضح من ذلك أن القانون عندما يقرر حقاً من الحقوق يقرر فى ذات الوقت واجب احترام هذا الحق . لذا يقال بأن كل حق يقابله واجب عدم التعرض لصاحب الحق فى مباشرته . وهذا الواجب العام المقرر على الكافة يختلف عن الواجب الخاص أو الشخصى الذى يرد على العمل موضوع الحق الشخصى .

الواجب العام والواجب الخاص أو الشخصى :

يفرض القانون على الكافة وهم جميع الأشخاص عدا صاحب الحق أن يمتنعوا عن التعرض له فى استعمال حقه ، وهذا هو الواجب العام obligation universelle بعدم التعرض لصاحب الحق فى مباشرة حقه . وهو واجب سلبى لا يلزم الناس بالقيام بأى عمل ، بل بمجرد الامتناع عن الاعتداء على حق الغير أى احترام الحدود المرسومة لحقه. يظل هذا الواجب كامناً حتى يقع الاخلال به على نحو يستوجب جزاء القانون.

ولا يشكل هذا الواجب العام قيداً على حرية المرء ، فهو لا يمنعه من إتيان شىء كان مباحاً ، ولا يعتبر ديناً عليه يرهق ذمته المالية . ان الواحب العام ليس جزءاً من جوهر الحق ذاته إلا أنه المظهر الخارجى لنفاذ الحق فى مواجهة الكافة ومن ثم فهو ضرورى لاستكمال الحق قوته . وتشكل مجموعة الواجبات العامة الملقاة على عاتق الأفراد فى الجماعة الحدود الطبيعية لحرية كل فرد ونشاطه .

أما الواجب الخاص أو الشخصى obligation personnelle فيوجد بصدد نوع معين من الحقوق هو الحق الشخصى le droit personnel . هذا الحق عبارة عن رابطة بين شخصين يلتزم فيها أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء

معيّن أى بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . كحق المشترى فى مطالبة البائع بتسليم المبيع ، وحق مشترى المحل التجارى فى مطالبة البائع بعدم منافسته فى دائرة المحل المبيع .

يرد الواجب الخاص هنا على العمل موضوع الحق الشخصى ، يعتبر هذا العمل موضوع حق بالنسبة للدائن (المشترى) ، وهو فى ذات الوقت موضوع واجب بالنسبة للبائع (المدين) . يقع الواجب الخاص على شخص معيّن دون غيره من الأشخاص ، حيث يلتزم هذا الشخص فى مواجهة صاحب الحق بأن يعمل له شيئاً معيناً أو أن يمتنع من أجله عن عمل معيّن . مثال ذلك حق الدائنية droit de créance الذى ينشأ عن عقد القرض . مؤدى ذلك أن الواجب الخاص إما أن يكون ايجابياً يتمثل فى أداء عمل ، وإما أن يكون سلبياً يتمثل فى الامتناع عن عمل .

يقع الواجب الخاص على عاتق الملتزم به وحده دون سائر الناس . ويعتبر قيداً يثقل كاهل المدين به ، ويعد عبئاً على ذمته المالية ، فهو قد يمنعه من إتيان شىء كان فى الأصل مباحاً ، وقد يلزمه بأداء شيئ لم يكن ملزماً به . والواجب الخاص أو الالتزام obligation هو المقابل التام للحق ، فهما وجهان لعملة واحدة إذا نظرنا اليها من وجهة نظر الدائن (الناحية الايجابية) رأيناها حقاً ، وإذا نظرنا اليها من وجهة نظر المدين (الناحية السلبية) رأينا ديناً أو التزاماً .

يتضح من ذلك أن الحق الشخصى يقابله واجبان : الواجب الخاص المقرر على المدين به ، والواجب العام السلبى بعدم الاعتداء على ذلك الحق وهو واجب مقرر على الكافة . أما الحقوق الأخرى فيقابلها واجب واحد هو الواجب العام السلبى . مثال ذلك حق الملكية ، حيث يستطيع المالك الانتفاع

بملكه والتصرف فيه دون حاجة لتدخل أحد ، وينبغى احترام هذا الحق من قبل الكافة .

المبحث الثالث

الحق والمركز القانونى

يقوم القانون بتنظيم سلوك الأفراد فى الجماعة من خلال اقامة التوازن بين مصالحهم المتقابلة . تتولى القاعدة القانونية تحديد المركز الخاص بكل صاحب مصلحة قبل الآخرين ، وذلك ببيان ما له من مكنات وما عليه من واجبات، أى بيان المراكز القانونية لأصحاب المصالح المتقابلة .

يتضح من ذلك أن المركز القانونى يتكون من مجموعة المكنات والواجبات المتقابلة التى يقررها القانون للشخص . تعتبر المكنات الوجه الايجابى للمركز بينما تعد الواجبات الوجه السلبى له وكلاهما وجهان لعملة واحدة لا يمكن الفصل بينهما . فالمالك يعتبر فى مركز قانونى يخوله مكنات حق الملكية من استعمال واستغلال وتصرف ويفرض عليه واجبات محددة قبل الجيران مثل واجب عدم اتيان مضار غير مألوفة ، وتحمل الارتفاقات المتبادلة أو الاتفاقية كالمرور والشرب والمطل ، وعليه أيضاً واجبات قبل الجماعة . ويوجد البائع فى مركز قانونى يخوله مكنات معينة كتقاضى الثمن وعليه واجبات محددة كتسليم المبيع والضمان .

تنقسم المراكز القانونية الى نوعين : مراكز قانونية شخصية situations juridiques subjectives ، ومراكز قانونية موضوعية situations juridiques objectives .

يتضمن المركز القانونى الشخصى مجموعة من المكنات

والواجبات التى ترمى مباشرة الى تحقيق مصلحة ذاتية لصاحبه . وقد يترتب عليها بطريق غير مباشر تحقيق مصلحة لشخص أخر أو مصلحة عامة . وتعتبر هذه المُكنات بمثابة حقوق يستطيع صاحبها ، كقاعدة عامة ، التنازل عنها أو التصرف فيها وله حرية إستعمالها من عدمه . ويجد المركز القانونى الشخصى مجاله بوضوح فى نطاق القانون الخاص ، مثل المركز الخاص بكل من البائع والمشترى ، المؤجر والمستأجر ، العامل وصاحب العمل ، الشريك فى الشركة .

يتضمن المركز القانونى الموضوعى مجموعة من المُكنات والواجبات التى ترمى مباشرة الى تحقيق مصلحة غير ذاتية، ذات طبيعة جماعية ، أو للغير ، أو ذات طابع مشترك . وقد يترتب عليها بطريق غير مباشر تحقيق مصلحة ذاتية للشخص الذى تقررت له تلك المُكنات . وتكون وظيفة هذا الشخص أو مهمته تحقيق المصلحة التى تشكل الهدف المباشر للمركز القانونى ، ويقع عليه واجب رعايتها . مثال ذلك المركز القانونى لرئيس مجلس ادارة هيئة أو مؤسسة عامة ، ومن ذلك أيضاً مركز الوصى الذى يباشر سلطاته لمصلحة القاصر ، ومركز الأب الذى يمارس سلطته الأبوية لمصلحته هو وابنه .

ونظراً لتعلق المركز الموضوعى ، أساساً ، بالمصلحة العامة فهى تتسم بالطابع الوظيفى بمعنى أنها لا تترجم مزايا لمن يتولاها بقدر ما تلقى عليه من أعباء وواجبات . ويتم تنظيمها ، غالباً ، بقواعد قانونية آمرة . ويلتزم من يُسند اليه المركز بنظامه القانونى . ومن ثم فإنه ليس له سلطة التنازل عن مركزه ، بل يتقيد هذا النزول بعدم المساس بمقتضيات النظام العام من جهة وبعدم الاضرار بمن يتقرر الواجب

لمصلحته . وليس للشخص كذلك حرية استعمال المركز من عدمه بل يعد ذلك الاستعمال تكليفاً له وواجباً عليه .

المبحث الرابع

الحق والحرية والرخصة

(أ) الحق والحرية :

الحق هو كل مُكنة تثبت للشخص على سبيل التخصيص والإفراد ، كحق الشخص فى ملكية عين من الأعيان أو حقه فى اقتضاء دين من الديون أو حقه فى طلاق زوجته .

أما الحرية فهى مُكنة يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز ، وينطبق ذلك على كل الحريات العامة التى يكفلها الدستور كحرية الاعتقاد وحرية الحركة وحرية التعاقد وحرية التعبير .

يتضح من ذلك أن الحرية تختلف عن الحق من عدة وجوه:

١- يرد الحق على موضوع محدد أو قابل للتحديد ، ومن ثم فإن غايته تكون بدورها محددة . أما الحرية فهى مجرد اباحة للشخص فى أن يمارس كل ما لم يمنعه القانون من نشاط . فالحرية لا تكون محددة فى محلها أو مضمونها أو غايتها ، بل تختلف من شخص لآخر . فحرية الانتقال مثلاً تخوّل للشخص مكنة الانتقال لأى مكان بأية وسيلة ولأى هدف .

٢- يتسم الحق بطابع الخصوصية أما الحرية فلها صفة

العمومية ، أى أن الحرية عامة بينما الحق خاص . فالحق يعنى استئثار شخص وانفراده بقيمة معينة عن طريق التسلط أو الاقتضاء ، ويعنى ذلك وجود الأفراد فى مراكز متفاوتة ازاء بعضهم البعض ، فيكون صاحب الحق فى مركز ممتاز بالنسبة لغيره من الناس .

أما الحرية فلا تعرف فكرة الاستئثار ، بل يتمتع بها الناس كافة على قدم المساواة ، حيث يوجد كل الأشخاص فى نفس المركز القانونى من حيث التمتع بما يتضمنه من سلطات . فالحرية أشبه بالطريق العام بينما الحق أشبه بالطريق الخاص بشخص معيّن .

٣- ترتبط نشأة الحق بوجود واقعة قانونية تؤدى الى تطبيق قاعدة قانونية ، أما الحرية فتستند الى المبادئ العامة ، ومن ثم فهى موجودة ولو لم توجد وقائع أو قواعد محددة .

فلكى يصبح الشخص مالكاً مثلاً ، لا بد وأن يستند الى نص قانونى معيّن وحدوث الواقعة التى تؤدى الى تطبيق هذا النص كالشراء أو الميراث . أما حرية الزواج مثلاً فتستند الى مبدأ عام يعلو القواعد القانونية ، ومن ثم يكون للشخص أن يتزوج أو لا يتزوج وله الزواج ممن يريد . ذلك أن المبادئ العامة وليدة التراث والحضارة وتطور المجتمع البشرى ومنطق الفطرة السليمة .

ونظراً لأن الحريات تستمد من المبادئ العامة فإنها تثبت للناس كافة دون حاجة الى نص قانونى محدد يقررها ، وهى لصيقة بالشخص ومن ثم لا يجوز النزول عنها ، وذلك بخلاف الحقوق حيث تقبل ، فى الأصل ، النزول عنها باستثناء الحقوق اللصيقة بالشخصية ، كالحق فى الحياة .

(ب) الحق والرخصة :

يسوى البعض بين الحرية والرخصة ، فيعتبرها مترادفات لنفس المعنى . ولكن الرأى الراجح يرى أن الرخصة هى منزلة وسطى بين الحرية والحق . فمثلاً هناك حق الملك ، وحرية التملك . ويوجد بينهما مركز متوسط يتمثل فى رخصة الشخص فى أن يتملك . فالشخص له حرية تملك أى شيء من الأشياء ، فإذا اشتراه أصبح صاحب حق ملك . وهناك مرحلة وسطى هى تلك التى يعرض البائع عليه شراء الشيء ، هنا يكون المشترى قبل قبول الصفقة فى مركز خاص أى صاحب رخصة فى أن يتملك .

فالرخصة تمثل تجاوز الشخص لمرحلة الحرية وتقدمه نحو الوصول الى الحق . ويقتضى ذلك وجود « سبب أو واقع معيّن مستمد من القانون ، غير أن هذا السبب لا يؤدى الى وجود الحق وانما ينشأ عنه ما هو دون الحق ، وهى الرخصة» . مثال ذلك رخصة الموصى له فى قبول الوصية ، فله أن يقبلها أو يرفضها ، وكذلك الرخصة الممنوحة للشفيع فى أن يطلب الشفعة أو لا يطلبها ، وأيضاً الرخصة الممنوحة للشريك فى المال الشائع فى أن يطلب القسمة أو لا يطلبها .

وقد بصر الفقه الغربى الحديث بهذا الفارق بين الحق والرخصة ، ولكن الفقه الاسلامى سبقه الى ذلك بعدة قرون طويلة . فالشفيع يملك الشيء المبيع إذا أخذ بالشفعة . وقبل بيع الشريك لنصيبه فإن الشفيع لا يكون له سوى حرية التملك . أما إذا باع الشريك نصيبه ، هنا يكون للشفيع رخصة التملك حيث يكون له أن يطلب الشفعة أو لا يطلبها .

الفصل الرابع
طبائع الحقوق وتقسيماتها

تتعدد أنواع الحقوق وطوائفها . ويعمد الفقه الى اجراء العديد من التقسيمات للحقوق بحسب ما تتسم به من خصائص وصفات . وتختلف التقسيمات باختلاف الزوايا التى يُنظر منها للحق والأساس الذى يستند اليه التقسيم . يتم تصنيف الحقوق الى طوائف تضم كل طائفة منها الحقوق ذات الطبيعة الواحدة والأحكام المشتركة .

وانطلاقاً من خصائص وصفات الحقوق يمكن أن نستعرض أنواعها ومجموعاتها اجمالاً فيما يلى :

المبحث الأول
الطابع المالى أو غير المالى للحق

(أ) الحقوق المالية

هناك بعض الحقوق ذات طابع مالى أى يكون لها قيمة مالية لأن موضوع الحق فيها يقوّم بالمال بمعنى قابليته للتقويم بالنقود ، وتسمى بالحقوق المالية Droit pécuniaires . تدخل هذه الحقوق فى دائرة التعامل وتكوّن الجانب الايجابى من الذمة المالية للشخص ، لذا يُطلق عليها كذلك حقوق الذمة المالية Droits partimoniaux . ويجوز التعامل على هذه الحقوق ، فهى قابلة للتصرف والحجز والتقادم ، كما أنها تنتقل الى الورثة كقاعدة عامة .

وتضم الحقوق المالية طائفتين من الحقوق : الحقوق

العينية والحقوق الشخصية : ١- يرد الحق العينى على شىء مادى عقار أو منقول ، فهو سلطة لشخص على شىء . مثال ذلك حق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق مثل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى ، وحق الرهن . ويسمى الحق العينى حقاً عقارياً إذا ورد على عقار ، ويسمى حقاً منقولاً إذا ورد على منقول . وتبدو أهمية التفرقة بين الحق العقارى والحق المنقول فى أن القانون يشترط ، كقاعدة عامة ، تسجيل جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية أو نقله أو تغييره أو زواله . ويترتب على عدم التسجيل أن التصرفات المذكورة لا تنتج آثارها لا بين الأطراف ولا بالنسبة للغير ، ولا ترتب سوى التزامات شخصية بين ذوى الشأن .

٢- يتمثل الحق الشخص فى رابطة بين شخصين يلتزم بمقتضاها أحدهما وهو المدين فى مواجهة الآخر وهو الدائن بأداء معيّن أى بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل . ويكون للدائن سلطة اقتضاء هذا الأداء من المدين . ومثال ذلك التزام المقترض برد القرض الى المقرض ، والتزام العامل بأداء العمل ، والتزام بائع المحل التجارى بعدم منافسة المشترى .

(ب) الحقوق غير المالية Droits extapartimoniaux :

هناك بعض الحقوق التى لا تُقوّم بالمال لأنها ذات قيمة معنوية ومن ثم فهى لا تدخل فى دائرة التعامل ، ولكن ينبغى ملاحظة أن بعض الحقوق غير المالية يستتبع آثاراً مالية. فحق البنوة مثلاً يستتبع الارث والنفقة ، وحق الطلاق يستتبع النفقة . أضف الى ذلك أن الاعتداء على الحقوق غير المالية يرتب حقاً ماليًا يتمثل فى التعويض . وأخيراً فإن جانباً من هذه الحقوق وهو الحقوق الذهنية ذات طبيعة

مزدوجة ، ففيها جانب معنوى وآخر مالى كما سنرى . وتضم الحقوق غير المالية كل من الحقوق السياسية والحقوق العامة وحقوق الأسرة والحقوق الذهنية .

١ ـ الحقوق السياسية Droits Politiques :

هى الحقوق التى يقررها القانون للمواطن باعتباره منتمياً الى جماعة معيّنة ، ويتمكن بمقتضاها من المشاركة فى ادارة شئون هذه الجماعة وفى اقامة النظام السياسى والحكم فيها ، مثل حق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية وغيرها ، وحق تولى الوظائف العامة . وتتصل هذه الحقوق بالمصالح السياسية الحيوية للدولة لذا فهى تتميّز بأمرين :

الأول : تقتصر هذه الحقوق على الوطنيين دون الأجانب، فهى لا تُمنح إلا لأبناء الدولة الذين يحملون جنسيتها . ولا تُمنح الحقوق السياسية لكل المواطنين بل لا بد من توافر شروط معيّنة تتعلق بالسن أو الشرف والأمانة أو الكفاءة .

الثانى : تعتبر الحقوق السياسية ميزة أو مصلحة للشخص فى أن يساهم فى حكم بلده ، إلا أنها فى ذات الوقت تعد بمثابة واجب أو تكليف عام يلتزم المواطن بمباشرته لصالح الوطن . فهى أقرب الى أن تكون وظائف مفروضة على المواطنين (١) .

٢ ـ الحقوق العامة أو حقوق الشخصية Droits public:

وهى الحقوق التى تثبت للشخص بمجرد وجوده لكونه

---

(١) انظر القانون ١٩٥٦/٧٣ الخاص بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية والمعدل بالقرار بقانون رقم ١٩٩٤/٢٢٠.

انساناً ، فهى تتصل بالشخص لذا يطلق عليها الحقوق اللصيقة بالشخصية حيث تنصب على عناصر الشخصية فى مظاهرها المختلفة المادية والمعنوية ، كالحق فى الحياة والحق فى السلامة البدنية ، والحق فى الشرف والسرية .

٣ ـ حقوق الأسرة *Droits de la famille* :

وهى الحقوق التى تثبت للشخص باعتباره عضواً فى أسرة معيّنة . وتهدف الى تنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة . وتشمل كافة الحقوق التى تنظمها القواعد القانونية المتعلقة بالزواج وآثاره وانقضائه وكل ما يتصل بذلك من بنوة وولاية ونفقة . وتختلف هذه الحقوق طبقاً لمركز الشخص فى الأسرة . فللزوجة حقوق على زوجها وله حقوق عليها ، وللأبناء حقوق على الأب وله حقوق عليهم .

وتتميّز حقوق الأسرة بأنها ذات طابع أدبى . ولا تُمنح لأصحابها كميزات لتحقيق مصالح شخصية لهم بل هى أقرب ما تكون الى الواجبات الهدف منها تحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة ، وتتقرر فى الغالب لمصلحة الطرف الخاضع لصاحب الحق . فحق الأب فى تأديب الابن لم يتقرر لمصلحته الشخصية بل لمصلحة الابن نفسه .

وتتسم حقوق الأسرة بالطابع غير المالى ومن ثم فهى لا تدخل فى دائرة التعامل لذا لا يجوز التنازل عنها أو التصرف فيها . وتخضع هذه الحقوق ، فى بلادنا، لقوانين الأحوال الشخصية ، المستمدة فى أغلبها من الدين .

٤ ـ الحقوق الذهنية أو المعنوية :

هى الحقوق التى تتقرر للشخص على محل معنوى غير محسوس هو نتاج فكره وخياله ، فيكون له الاستئثار بما يرد

عليه حقه بحيث ينسب اليه وحده باعتباره امتداداً لشخصيته، وله الحق فى استغلاله مالياً . وذلك كحق المؤلف على مؤلفاته ، وحق الفنان على انتاجه ، وحق المخترع على مخترعاته .

حق المؤلف له طبيعة مزدوجة ، حيث له جانبين متميزين: الأول أدبى يتمثل فى أبوة المؤلف لخلقه ونتاجه الفكرى ، الثانى مادى يتمثل فى أحقية استغلال هذا الخلق والنتاج والحصول على منافعه الاقتصادية ، وسنعرض له فيما بعد.

المبحث الثانى

الطابع الفردى والاجتماعى للحق

(أ) الحقوق الفردية Droits individuels :

ويُقصد بها حقوق الشخصية droits de la personnalité أو الحقوق اللصيقة بالشخصية . وتسمى أيضاً بالحقوق الطبيعية droits naturels وبحقوق الانسان droits de l'homme . ويسميها البعض بالحقوق العامة droits publics . وهكذا تتعدد مسمياتها بحسب الزاوية المنظور اليها منها . فهى حقوق تثبت للفرد بوصفه انساناً وترتبط بشخصيته فى مظاهرها المختلفة المادية والمعنوية ، الفردية والاجتماعية . وهى حقوق ذات طابع عام حيث تثبت لكل الأفراد دون تمييز بسبب الجنس أو الدين أو اللون ، لذا يطلق عليها أيضاً الحريات الأساسية للانسان ، وصدر بها الاعلان العالمى لحقوق الانسان وتنص عليها دساتير كل الدول .

فهى مجموعة من الحقوق التى تضمن انسانية الفرد وحمايته من عسف السلطة وتشمل جوانب شخصيته

المختلفة ، مثل حق الفرد فى الحياة وفى الحرية وفى سلامة شخصه وشرفه والمساواة ، وحرية الفكر والاعتقاد والخصوصية ، وحرية التنقل ، وحق تكوين أسرة الى غير ذلك .

(ب) الحقوق الاجتماعية Droits sociaux :

ظهرت الاتجاهات الاجتماعية الحديثة لتلافى مساوئ المذهب الفردى ، وتغيّر دور الدولة التقليدى كمجرد حارس محايد الى التدخل لحماية الضعفاء وتحقيق المساواة الفعلية الواقعية بدلاً من الاكتفاء بالمساواة القانونية النظرية .

عبّر الاعلان العالمى لحقوق الانسان عن ميلاد الحقوق الاجتماعية ، فنص على أن لكل شخص بوصفه عضواً فى المجتمع ، الحق فى الضمان الاجتماعى ، فيحق له استيفاء حقوقه الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التى تقتضيها كرامته وانماء شخصيته . وقرر الحق فى العمل ، والحق فى الأجر العادل، الحق فى انشاء نقابات والانضمام اليها ، الحق فى الراحة وتحديد ساعات العمل والعطلات الدورية بأجر ، الحق فى مستوى من الحياة كافٍ للحفاظ على صحة الشخص ورفاهيته ، الحق فى التعليم . توالت دساتير الدول فى النص على هذا النوع من الحقوق الاجتماعية تحت مسمى « الحقوق والواجبات العامة» أو « حقوق المواطن الاجتماعية والاقتصادية» .

يتضح من ذلك أن الحقوق الاجتماعية تتمثل فى أعباء تقع على عاتق الدولة قِبَل الطبقات الضعيفة من أبناء المجتمع كى تضمن لهم المستوى اللائق من المعيشة الانسانية وتقيهم مخاطر الأنشطة الاقتصادية والتقنية المعاصرة . تتمثل هذه الحقوق فى أداءات مباشرة وغير مباشرة تقوم بها السلطات العامة . مثل الرعاية الصحية والضمان الاجتماعى والتعليم .

المبحث الثالث

الطابع المطلق أو النسبي للحق

تم استخدام لفظ الحق المطلق droit absolu بداية للتعبير عن المفهوم الفردى للحق بمعنى حرية صاحب الحق المطلقة فى أن يستخدم حقه كيفما شاء وحينما شاء دون مكنة تقييده أو حظره ، ولكن هذه النظرة سرعان مازالت وتبدلت وحلت محلها النظرة الاجتماعية الحديثة على أن للحق وظيفة اجتماعية fonction sociale، أى أن القانون يمكن أن يحد منه ويقيد استعماله بالقدر الذى يتفق مع الصالح العام وعدم التعارض مع حقوق الآخرين . فالفرد له حرية استعمال حقه بما يعود عليه من نفع وليس لتحقيق أهداف أو أعراض غير مشروعة وإلا عد منحرفاً أو متعسفاً فى هذا الاستعمال وخضع للرقابة والمساءلة .

تم استخدام لفظ الحق المطلق أيضاً للتعبير عن نطاق سريان الحق ومدى فعاليته. فالحق المطلق يسرى فى مواجهة الناس كافة دون تعيين شخص بالذات . وينطبق ذلك على الحقوق العينية وحقوق الشخصية . فحق الملكية أو حق الشخص فى الحياة يسرى قِبَل كل الناس حيث يقع عليهم واجب عام سلبى بالامتناع عن كل تعرض لصاحب الحق فى مباشرته .

أما الحق النسبى droit relatif فيتمثل فى رابطة مباشرة بين صاحب الحق (الدائن) وبين شخص أو أشخاص معينين (المدين) ، حيث يلتزم المدين بمقتضى هذه الرابطة بأداء معين يتمثل فى عمل أو امتناع عن عمل . ويطلق عليه الحق

الشخصى أو حق الدائنية droit de créance . كالتزام المقترض برد القرض والتزام المشترى بدفع الثمن .

مؤدى ذلك أن الحق المطلق يقابله واجب عام بعدم التعرض لصاحب الحق فى مباشرة حقه ، وهو واجب سلبى لا يلزم الناس بالقيام بأى عمل ، بل بمجرد الامتناع عن الاعتداء على حق الغير ، ويظل هذا الواجب كامناً حتى يقع الاخلال به على نحو يستوجب جزاء القانون . أما الحق الشخصى ، فلا يقوم إلا بصدد أداء محدد قِبَل مدين معيّن ، لذا فإن الاخلال بهذا الحق يتمثل فى امتناع المدين عن الوفاء به .

ولكن ينبغى ملاحظة أن هذا الحق الشخصى يتمتع بدوره بوجوب احترام الكافة له أى عدم التدخل أو عرقلة صاحب الحق من استيفاء حقه من المدين . مثال ذلك اغراء صاحب عمل لعمال صاحب عمل آخر وحثهم على ترك العمل لديه ، حيث يعد ذلك تعدياً على حق صاحب العمل قِبَل عماله .

يتضح من ذلك أن الحق الشخصى يقابله واجبان : الواجب الخاص المقرر على المدين به ، ولعل ذلك هو الذى دفع البعض الى اعتباره حقاً نسبياً ، والواجب العام السلبى المقرر على الكافة بعدم التعرض لذلك الحق . أما الحقوق الأخرى فيقابلها واجب واحد هو الواجب العام السلبى . لعل ذلك هو الذى دفع البعض الى اعتبارها حقوقاً مطلقة .

المبحث الرابع

الطابع الأصلى أو التبعى للحق

الأصل فى الحقوق أن تنشأ بذاتها على نحو مستقل ، إلا

أن هناك طائفة من الحقوق لا تنشأ إلا متصلة بحق آخر رئيسى تعتبر مساعدة له أو متولدة عنه . مؤدى ذلك أن هناك حقوقاً أصلية أو رئيسية droits principaux وأخرى تبعية droits accessoires . ومن أمثلة الحقوق الرئيسية الحقوق الشخصية وحق الملكية ومن أمثلة الحقوق التبعية : حقوق الضمان droits de garantie من كفالة ورهن رسمى وحيازى .

يرتبط الحق التبعى بالحق الأصلى فى وجوده وصحته وصفاته وانتقاله وانقضاءه . فالحق التبعى لا ينشأ إلا إذا كان هناك حق رئيسى يتصل به وينتقل معه . فالرهن لا يوجد إلا لضمان حق شخصى . فإذا بطل هذا الحق بطل الرهن بالتبعية . وإذا انتقل الحق المضمون الى شخص آخر بالحوالة انتقلت معه توابعه كالكفالة والرهن . وينقضى الحق التبعى بانقضاء الحق الرئيسى . فإذا تم الوفاء بالدين انقضى الرهن الذى يضمنه .

المبحث الخامس

قابلية الحق للانتقال والانقسام

(أ) انتقال الحق :

هناك حقوق قابلة للانتقال droits transmissibles ، حيث يستطيع صاحب الحق أن يتصرف فيه ، ويجوز لدائنيه الحجز والتنفيذ عليه تنفيذاً جبرياً ، وينتقل بالميراث . والأصل أن كافة الحقوق المالية تقبل الانتقال كما رأينا وينطبق ذلك كقاعدة عامة على الحقوق العينية والحقوق الشخصية .

وترد على هذه القاعدة عدة استثناءات . فحق الانتفاع

يجوز التصرف فيه ولكنه لا ينتقل بالميراث لأنه ينقضى بانقضاء حياة المنتفع . وحقوق الاستعمال والسكنى لا تقبل الانتقال . ولا ينتقل الحق الشخصى الذى يعتبر شخص المدين عنصراً أساسياً فيه . كالتعاقد مع فنان لاتمام عمل معيّن . هنا لا يمكن نقل التزام المدين الى شخص أخر لأن شخصيته محل اعتبار عند التعاقد . ولا ينتقل الحق الشخصى المقرر للمضرور فى طلب التعويض عن الضرر الأدبى المتمثل فى الألم النفسى الذى حل به بسبب مسلك شخص معيّن . كالضرر الذى يحل بالشخص فى سمعته وشرفه ، فهو وحده صاحب الحق فى تقدير مدى ملاءمة المطالبة بالتعويض من عدمه .

وهناك طائفة من الحقوق غير قابلة للانتقال droits intransmissibles حيث يتسم الحق بالطابع الشخصى البحت droit purement personnel وذلك لارتباطه بشخص صاحبه على نحو لا ينفصم عنه . ومن ثم لا يجوز التصرف فيه أو الحجز عليه أو انتقاله بالميراث . وينطبق ذلك على الحقوق السياسية وحقوق الشخصية وحقوق الأسرة .

(ب) انقسام الحق :

هناك طائفة من الحقوق غير قابلة للانقسام droits indivisibles ، أى أن الحق ، من حيث طبيعة محله ، لا يمكن أن يتقرر ، إلا لشخص واحد ، ولا يجوز أن يشترك فى الانتفاع به عدة أشخاص . وينطبق ذلك ، كقاعدة عامة ، على الحقوق غير المالية ، كالحقوق السياسية ، وحقوق الشخصية ، وحقوق الأسرة ، ما عدا بعض بعض الاستثناءات القليلة كحق الوالدين المشترك فى تربية وتأديب الأبناء .

أما الحقوق المالية فهى ، كقاعدة عامة ، قابلة للانقسام divisibles . يمكن أن يشترك فى الانتفاع بها عدة أشخاص حيث يتصوّر وجود نصيب لكل شخص حتى مع بقاء الشىء محل الحق بدون قسمة . مثال ذلك الملكية المشتركة Copropriété أو الشائعة commune ، حيث يكون لكل شريك حصة فى الملك . أى أننا نكون بصدد حق واحد مع تعدد أصحابه . وكذلك الحق الشخصى الذى يكون محله أداءً قابلاً للانقسام كالنقود والأشياء المثلية .

وهناك بعض الحقوق العينية التى لا تقبل القسمة مثل حق الاستعمال وحق السكنى وحق الارتفاق . ولكن هذه الحقوق يمكن أن تنتمى لعدة أشخاص فى ذات الوقت ، ويتم تقسيم استعمالها زمانياً أو مكانياً ، كما لو استعمل كل منهم الشىء محل الحق مدة زمانية معيّنة . وهناك بعض الحقوق الشخصية التى لا تقبل الانقسام ، مثل التزام البائع بعدم منافسة المشترين للمحل التجارى .

المبحث السادس

الطابع الزمنى للحق

الأصل هو اكتمال عناصر الحق كلها فى وقت واحد ، ويتم تنفيذه فور وجوده . فالعقد الملزم للجانبين مثلاً ، يولد حقوقاً متبادلة لطرفيه ، وتكون هذه الحقوق نافذة بمجرد ابرام العقد ، ويجوز لكل من الطرفين مطالبة الآخر بتنفيذ التزامه . بل ولكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه . وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ .

ويجوز للأطراف الاتفاق على ارجاء تنفيذ الحق الى وقت لاحق ، فهنا يوجد الحق إلا أنه يكون مؤجل التنفيذ . كما لو باع شخص داراً أو أمهل المشترى فى دفع الثمن مدة معيّنة . هنا يوجد حق البائع فى الثمن إلا أنه لا يستطيع المطالبة به إلا عند حلول الأجل المتفق عليه . والأجل هنا يتوقف عليه نفاذ الحق وليس وجوده . ويمكن أن يسقط الأجل فى حالات محددة نص عليها القانون ، كالحكم بافلاس المدين أو عدم تقديمه للتأمينات التى وعد بتقديمها .

ويجوز للأطراف تعليق وجود الحق ذاته على واقعة مستقبلة غير محققة الوقوع ، وهذا ما يسمى بالشرط الواقف condition suspensive ، كالأب الذى يقرر هبة ابنه سيارة إذا نجح فى الامتحان . والشخص الذى يتفق مع آخر على شراء داره بثمن معيّن إذا عاد ولده من الحرب سالماً . هنا يكون حق الابن وحق مالك الدار مجرد حق احتمالى أو شرطى حيث يتوقف وجوده على تحقق شرط معيّن . وهو حق موقوف الوجود ومن ثم لا يمكن المطالبة بتنفيذه حتى يتأكد بصفة نهائية بتحقق الشرط . وإذا تحقق الشرط فإن الحق يوجد بأثر رجعى ، أى أنه يعد موجوداً لا من وقت تحقق الشرط فحسب بل من وقت الاتفاق المنشىء لذلك الحق .

الباب الثانى
أنواع الحقوق

نعرض للطوائف الأربع الرئيسية من الحقوق وهى : الحقوق العينية ، الحقوق الشخصية ، حقوق الشخصية ، الحقوق الذهنية ، وذلك فى الفصول التالية .

الفصل الأول
الحقوق العينية
les droits réels

يخوّل الحق العينى صاحبه سلطة مباشرة على شىء معيّن . ويستطيع الشخص أن يستأثر بقيمة مالية معيّنة فى هذا الشىء . ويكون لصاحب الحق أن يستعمل حقه على الشىء دون حاجة الى مطالبة شخص آخر بتمكينه من استعمال حقه ، حيث توجد صلة مباشرة بينه وبين الشىء دون حاجة الى تدخل أو وساطة شخص آخر . فمالك الدار مثلاً يستطيع أن يستعملها بنفسه ، وان يؤجرها لغيره ، وأن يتصرف فيها بكل التصرفات دون حاجة الى تدخل شخص آخر .

وردت الحقوق العينية فى القانون على سبيل الحصر ، بحيث لا يجوز للأفراد انشاء حقوقاً عينية غيرها ، سواء فى نطاق الحقوق العينية الأصلية أو التبعية لأنها تتعلق بالنظام العام . فالملكية تتعلق بالكيان الاقتصادى للجماعة . وتعتبر الحقوق العينية التبعية أساس ائتمان الذى يتصل اتصالاً وثيقاً بنظام المجتمع الاقتصادى . أضف الى ذلك أن الحقوق العينية تعد حجة على الكافة لذا يمتنع على الأفراد الزام الكافة باحترام حق لم يقرره القانون .

وتنقسم الحقوق العينية الى طائفتين : حقوق عينية أصلية، حقوق عينية تبعية ، نعرض لكل منها فى مبحث مستقل .

المبحث الأول

الحقوق العينية الأصلية

les droits réels principaux

الحق العينى الأصلى هو حق مقصود لذاته ، يقوم بصفة مستقلة ولا يستند فى وجوده الى حق آخر ، أى لا يقوم بالتبعية لحق آخر أو ضماناً له . ويخوّل صاحبه سلطة الحصول على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية .

يستأثر صاحب الحق العينى بالقيمة الاقتصادية للشىء الذى يرد عليه . يمكن أن يتسع هذا الاستئثار ليشمل كافة السلطات على الشىء ، وتتمثل فى استعماله واستغلاله والتصرف فيه . وقد يقتصر الاستئثار على بعض هذه السلطات فقط . مؤدى ذلك أن الحقوق العينية تتنوع تبعاً لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ما تخوّل صاحبها من سلطات . فإذا تجمعت السلطات المذكورة فى يد الشخص كان صاحب حق ملكية . وقد تتجزأ هذه السلطات بين أكثر من شخص ، هنا نكون بصدد حقوق عينية متفرعة عن حق الملكية تعتبر اقتطاعاً منه . نعرض لحق الملكية ثم للحقوق المتفرعة عنه.

المطلب الأول

حق الملكية

le droit de propriété

(أ) تعريف حق الملكية :

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقاً حيث

يخوّل صاحبه كل السلطات على الشيء أى أن المالك يستأثر باستعماله واستغلاله والتصرف فيه فى حدود القانون . يتضمن حق الملكية عناصر ثلاثة : الاستعمال ، الاستغلال ، التصرف .

١-**فالاستعمال** **l'usage** هو الافادة من الشيء مباشرة عن طريق الاعمال المادية ، وذلك باستخدام الشيء فيما أعد له وفيما يصلح له من مختلف الأوجه ، وذلك للحصول على ما يمكن أن يؤديه من خدمات ومنافع ، وذلك كركوب السيارة وسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، وارتداء الملابس .

ويتمتع المالك بحرية استعمال الشيء فى كافة أوجه الاستعمال بشرط عدم مجاوزة القيود التى يفرضها القانون . فلا يجوز أن يتم الاستعمال بطريقة تخالف قواعد النظام العام والآداب ، وألا ينتج عنه مضار للجيران تجاوز المضار المألوفة .

٢- **والاستغلال** **Jouissance** يُراد به الحصول على ثمار الشيء ، أى استثمار الشيء بعمل من الأعمال القانونية ، ويتم ذلك بطريق غير مباشر عن طريق قيام شخص آخر باستعمال الشيء فى نظير أن يدفع للمالك مقابله ، أى أن المالك يحصل على ما يغلّه الشيء من ريع أو دخل . وذلك كتأجير المالك لأرضه الزراعية أو عقاره المبنى .

والثمار هى ما يتولد عن الشيء فى مواعيد دورية منتظمة دون مساس بجوهره ، فلا يترتب على فصلها عن الشيء اقتطاع من أصله أو انقاص منه ، وهى ثلاثة أنواع : ثمار طبيعية لا يتدخل الانسان فى انتاجها ، كالأعشاب ونتاج الماشية . وثمار صناعية أو مستحدثة بفعل الانسان كالمزروعات . وثمار مدنية تتمثل فيما يغلّه الشيء من دخل نقدى كأجرة المبانى وفوائد السندات وأرباح الأسهم .

وتختلف الثمار بالمعنى السابق عن المنتجات ، وهى ما ينتجه الشىء فى غير أوقات دورية ، ويؤدى فصلها الى الاقتطاع من أصل الشىء كالأحجار والمعادن التى تستخرج من الأرض .

٣- **والتصرف disposition** هو استخدام المالك للشىء على نحو يستنفذ سلطاته عليه كلياً أو جزئياً ، ذلك أن المالك يستأثر بالتسلط على كيان الشىء ووجوده . والتصرف نوعان : تصرف مادى يتمثل فى القضاء على مادة الشىء عن طريق استهلاكه أو اتلافه أو تغيير شكله ومادته . أما التصرف القانونى فمعناه نقل ملكية الشىء أو بعض عناصر الملكية الى الغير بمقابل أو بدون مقابل ، أى تقرير حق عينى أصلى آخر على الشىء أو حق عينى تبعى عليه لشخص آخر. مثال ذلك التصرف فى الشىء بالبيع والهبة ، وترتيب حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن عليه .

وسلطة التصرف هى التى تميّز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية ، فهذه الحقوق تخوّل أصحابها سلطة استعمال الشىء أو استغلاله دون التصرف فيه . يحتفظ المالك بكل عناصر الملكية ، ويظل عنصر التصرف دائماً فى يده ، أما سلطتا الاستعمال والاستغلال فيجوز ثبوتهما أو إحداهما لغير المالك . فإذا تنازل المالك عن سلطتىّ الاستعمال والاستغلال لشخص آخر كان هذا الشخص صاحب حق انتفاع ، ويحتفظ المالك بسلطة التصرف فيقال له مالك الرقبة . وليس للمنتفع أن يتصرف فى الشىء محل الانتفاع ولكن له أن يتصرف فى حقه فى الانتفاع بالشىء عن طريق بيعه مثلاً .

(ب) خصائص حق الملكية :

١- الملكية حق جامع يخوّل لصاحبه جميع السلطات الممكنة على الشيء وهي سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف . وبذلك يتميّز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى التي تخوّل أصحابها بعض هذه السلطات فقط .

٢- الملكية حق مانع أي مقصور على صاحبه droit exclusive ، وليس لأحد مشاركته في ملكه دون رضاه ، ولا يتصور وجود حق ملكية تام على شيء واحد . ولكن يجوز تملك أكثر من شخص للشيء على الشيوع حيث يكون لكل منهم حصته فيه . ويجوز للمالك منع الاعتداء على حقه ، ولو كان طفيفاً . ويقرر القانون ، في بعض الحالات الاستثنائية ، استعمال ملك الغير على الرغم منه . كما في حق المرور المقرر على أرض الجار للأرض المحبوسة عن الطريق العام .

٣- الملكية حق دائم droit perpetuel يبقى لصاحبه ما بقى محله لم ينتقل لغيره ، ولا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن (١) ، ولا ينقضي بانقضاء مدة محددة، كحق الانتفاع مثلاً . ولا يترتب على عدم مباشرة المالك سلطاته على الشيء، مهما طال الأمد ، فقدان حقه . وتزول الملكية بزوال الشيء وتنتقل بالتصرف كالبيع أو الهبة ، أو بالميراث .

٤- الملكية حق مطلق droit absolu بمعنى مكنة الاحتجاج به قِبَل الناس كافة كشأن الكثير من الحقوق كما رأينا ،

---

(١) ما لم يقم شخص آخر بحيازة الشيء بنية تملكه المدة القانونية فيتملكه بالتقادم المكسب .

وبمعنى أن للمالك السلطة الكاملة فى استعمال ملكه على النحو الذى يريد . ولكن هذا المفهوم الفردى تغيّر حديثاً ، وأصبح للملكية وظيفة اجتماعية تستهدف الى جانب اشباع حاجة المالك تحقيق الخير للجماعة ، ويترتب على ذلك تقديم المصلحة العامة على حق الملكية وامكانية تقييده وفرض القيود عليه ، وإذا انحرف المالك فى استعمال ملكه عن الغاية المشروعة وُصف بالتعسف وفقد حماية القانون وتعرض للمساءلة .

المطلب الثانى

الحقوق المتفرعة عن حق الملكية

هناك بعض الحقوق العينية التى تتفرع عن حق الملكية Démembrements de la propriété أى تخوّل أصحابها بعض مزايا الملكية حيث يتم اقتطاع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك . وهذه الحقوق هى : حق الانتفاع، حق الاستعمال وحق السكنى ، حق الحكر ، حق الارتفاق .

(أ) حق الانتفاع droit d'usufruit :

هو حق عينى متفرع عن حق الملكية ، مقرر لشخص على شىء مملوك للغير ويضم سلطتىّ الاستعمال والاستغلال . يكون للمنتفع صاحب هذا الحق سلطة استعمال الشىء واستغلاله فقط دون التصرف فيه . تبقى سلطة التصرف فى الشىء للمالك ، الذى يسمى ، فى هذه الحالة ، مالك الرقبة ، ويسمى حقه على الشىء ملكية الرقبة.

يرد حق الانتفاع على العقار والمنقول على السواء .

يستطيع صاحب الحق أن يستعمل الشىء بنفسه بحسب ما أعد له ، ويجوز له أن يستغله للحصول على ثماره بتأجيره للغير مثلاً ، ويلتزم بالمحافظة عليه ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة ، ويبذل فى ذلك عناية الشخص المعتاد . ويجوز لمالك الرقبة الاعتراض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشىء .

حق الانتفاع حق مؤقت temporaire ، ينتهى بانتهاء المدة المحددة له أو بوفاة المنتفع أيهما أقرب ، فلا ينتقل هذا الحق الى ورثة المنتفع ، ويجوز للمنتفع التصرف فى حقه بمقابل أو بدون مقابل إلا أن هذا الحق يظل مرتبطاً دائماً بحياة المنتفع الأصلى فينتهى حتماً بوفاته . وينقضى حق الانتفاع كذلك بهلاك الشىء الذى تقرر عليه أو بعدم استعماله مدة خمس عشرة سنة (١) .

(ب) حق الاستعمال وحق السكنى :

حق الاستعمال droit d'usage يخوّل لصاحبه سلطة استعمال الشىء الذى يرد عليه . فإذا كنا بصدد أرض زراعية كان لصاحب حق الاستعمال زراعتها والحصول على غلتها الطبيعية ، وليس له أن يؤجرها للغير لأنه لا يملك سلطة الاستغلال .

أما حق السكنى droit d'habitation فهو أضيق نطاقاً من

---

(١) نظم القانون المدنى المصرى حق الانتفاع فى المواد ٩٨٥ الى ٩٩٥ . حق الانتفاع حق مالى قائم فى ذاته ولا يُعتبر من القيود الواردة على حق الملكية ، وبالتالى فهو مما يجوز الايصاء به ويمكن تقويمه . نقض ١٩٦٠/٥/٢٦ س ١١ ص ٤٢١.

حق الاستعمال ، لأنه يخوّل صاحبه استعمال الشيء على وجه معيّن ، هو الاستعمال بطريق السكنى حيث يرتبط بالعقارات المبنية ، فلا يجوز لصاحب هذا الحق استعمال العقار فى غير السكنى ، فليس له أن يستغله بتأجيره للغير أو يفتح فيه متجراً مثلاً .

يتضح من ذلك أن الاستعمال وحق السكنى هما عبارة عن صورتين للانتفاع على نطاق محدود ، أى أن كل منهما يعتبر صورة مقيّدة لحق الانتفاع ، حيث يتحدد نطاقهما بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأفراد أسرته الخاصة لأنفسهم . إذ يراعى فى تقرير هذين الحقين سد حاجة المستفيد وعائلته فقط .

ولذلك فإن حق الاستعمال والسكنى ينقضيان حتماً بوفاة المنتفع بأيهما ولا يجوز النزول عنهما للغير إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى(١) .

(جـ) حق الحكر :

استمد القانون حق الحكر من الشريعة الاسلامية . وهو حق يخوّل المحتكر الانتفاع بأرض الغير مدة طويلة مقابل أجرة المثل ، وذلك بالبناء أو الغراس أو أى غرض آخر . ويكون المحتكر مالكاً للبناء أو الغراس ، إلا أن هذه الملكية تكون مؤقتة لأنها تنتهى بانتهاء حق الحكر .

ويضيق نطاق الحكر فى الوقت الراهن لأنه لا يجوز إلا على الأراضى الموقوفة حيثما تقضى بذلك ضرورة أو مصلحة.

---

(١) م ٩٩٦ : ٩٩٨ مدنى .

كما فى حالة الوقف المخرب الذى لا يكفى ريعه لاصلاحه ولا يمكن استبداله ، هنا يكون التحكير وسيلة لاصلاحه . ويلزم الحصول على إذن المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها الأرض المطلوب تحكيرها. ويجب أن يصدر العقد فى شكل رسمى.

وحق الحكر مؤقت لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة. ولكنه لا ينقضى حتماً بوفاة المحتكر . وإذا توفى المحتكر قبل انتهاء مدة الحكر انتقل الحق الى ورثته . ولا يرتبط حق الحكر بشخص المحتكر ، فيجوز له التصرف فيه ، وللدائنين التنفيذ عليه(١) .

(د) حق الارتفاق droit de servitude :

هو حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص أخر . وبعبارة أخرى هو تكليف مقرر على عقار يسمى بالعقار الخادم ، لمصلحة عقار غيره يسمى بالعقار المخدوم مملوك لشخص أخر (٢). ذلك أن من شأن حق

---

(١) م ٩٩٩ : ١٠١٤ مدنى.

(٢) حق الارتفاق طبقاً للمادة ١٠١٥ من القانون المدنى هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله مثقلاً بتكليف لفائدة الثانى . وهو وإن لم يحرم مالك العقار الخادم من ملكيته إلا أنه ينتقص من نطاقها فيحرمه من القيام بأعمال فى عقاره كان له الحق فى أن يقوم بها لولا وجود حق الارتفاق ، كما أنه يوجب عليه ألا يمس فى استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة . نقض ١٠/٥/١٩٧٧ س٢٨ ص ١١٥٨.

مناط التفرقة بين حق الارتفاق كحق عينى وبين مجرد الحق الشخصى هو ما إذا كان التكليف على العقار مقرر لفائدة عقار أخر فيكون حق ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشىء إلا حقوقاً شخصية فيكون حقاً شخصياً . نقض ١٣/٢/١٩٧٨ س٢٩ ص١٩٠٤ .

لارتفاق أن يجعل أحد العقارين فى خدمة الآخر ، بأن يكون لصاحب العقار المرتفق استعمال العقار المرتفق به على وجه معيّن . فالارتفاق بالمرور مثلاً يعطى صاحبه حق المرور بأرض الجار ليصل الى الطريق العام ، وحق المجرى يخوّل صاحب الأرض الزراعية رى أرضه بالمياه التى تأتى عبر أرض جاره .

ونظراً لأن حق الارتفاق يتقرر لمنفعة عقار معيّن فإنه يرتبط به وليس بشخص مالكه ، لذا فإنه يظل قائماً ولو تغيّر ملاك العقار . ويكتسب حق الارتفاق عن طريق العقد والوصية والتقادم ، كما يثبت بنص القانون . وينتقل هذا الحق بالميراث مع العقار المرتفق . وينقضى حق الارتفاق بهلاك العقار الخادم أو العقار المخدوم ، أو بانقضاء الأجل المعين له ، أو باجتماع ملكية العقارين لشخص واحد ، أو بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

وتنقسم حقوق الارتفاق الى عدة أنواع :

١- فهناك الارتفاقات الظاهرة وغير الظاهرة : وتبدو التفرقة بينهما من خلال مدى وجود علامات مادية ظاهرة تدل على وجود الارتفاق بمجرد النظر . ومن أمثلة الارتفاق الظاهر حق المجرى وحق المرور . أما الارتفاق على أرض بعدم البناء فهو ارتفاق غير ظاهر .

٢- وهناك الارتفاقات الايجابية والسلبية؛ يخوّل الارتفاق الايجابى مالك العقار المخدوم سلطة القيام ببعض أعمال ايجابية على العقار الخادم ، كحق المجرى وحق المرور . أما الارتفاق السلبى فيقتصر على الحد من سلطة مالك العقار الخادم فقط ، كالارتفاق بعدم البناء أو عدم التعلية عن ارتفاع معيّن .

٣- وهناك الارتفاقات المستمرة وغير المستمرة . فالارتفاق المستمر هو الذى يستمر استعماله بمجرد وجوده دون حاجة الى تدخل متجدد من جانب صاحب العقار المخدوم كالارتفاق بالمطل أو بعدم البناء . أما الارتفاق غير المستمر فيحتاج استعماله الى تدخل من جانب صاحبه كالارتفاق بالمرور أو باغتراف المياه .

المبحث الثانى

الحقوق العينية التبعية

Droits réels accessoires

نعرض لمفهوم هذه الحقوق ثم نبيّن أنواعها .

المطلب الأول

مفهوم الحقوق العينية التبعية

ينشأ الحق العينى التبعى لضمان الوفاء بحق شخصى ، ويسمى بالتبعى لأنه لا يقوم مستقلاً لذاته بل يوجد بالتبعية لحق شخصى .

ذلك أن الحق الشخصى ، كحق المقرض فى مبلغ القرض، يقتصر على تخويل صاحبه مكنة إجبار المدين على الوفاء له بحقه ، دون أن يرتب له سلطة مباشرة على شىء معيّن مملوك للمدين . وتكون جميع أموال المدين ، دون تحديد أو تمييز ، ضامنه للوفاء بالحقوق الشخصية . لذا يقال بأن للدائن ضمان عام gage général على أموال مدينه . أى أن

أمواله الحاضرة والمستقبلة تكون ضامنة للوفاء بديون الدائن . وهذا الضمان مقرر لصالح كل الدائنين ، وهم متساوون فيه لا أولوية لبعضهم على بعض . ويستطيع الدائن، عند حلول أجل الدين دون الوفاء به ، التنفيذ على أى مال من أموال المدين عن طريق الحجز عليه وبيعه بالمزاد لاستيفاء حقه .

ولكن الضمان العام السابق لا يؤمن حقوق الدائنين ، فقد يحدث عند حلول أجل الوفاء أن يصبح المدين معسراً أو أن يكون هناك عدة دائنين ولا تكفى أموال المدين لسداد ديونه ، مما يؤدى الى تزاحمهم وتقسيم الأموال بينهم قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم ، ويترتب على ذلك أن الدائن قد لا يحصل على شىء من حقه وقد يحصل على جزء بسيط من هذا الحق فقط .

لذلك أنشأ القانون ضمانات خاصة للدائنين يمكنهم من خلالها المحافظة على حقوقهم . أى أن هذه الضمانات garanties تؤمن للدائنين استيفاء حقوقهم لذا تسمى بالتأمينات suretés. والتأمينات إما أن تكون شخصية أو عينية .

يتمثل التأمين الشخصى فى تقديم المدين كفيلاً يضمن الوفاء بالدين إذا لم يقم المدين بالوفاء به ، أو وجود أكثر من مدين متضامن حيث يستطيع الدائن الرجوع على أى منهم لاستيفاء حقه كاملاً .

أما التأمين العينى فهو ضمان خاص يتقرر للدائن على مال معيّن يستطيع بمقتضاه أن يستوفى حقه من ثمن هذا المال ، وتكون له الأفضلية على غيره من الدائنين . وللدائن أن يتتبع الشىء موضوع الضمان فى أى يد كانت إذا ما تصرف

فيه المدين ببيع أو بغيره . وهذا ما يحدث مثلاً فى الرهن . وهو حق عينى تبعى (ضمان خاص) يقرره المدين للدائن لضمان استيفاء حقه . حيث يستطيع الدائن التنفيذ على الشيء المرهون بالأفضلية على غيره من الدائنين ، ولو خرج عن ملكية المدين .

مؤدى ذلك أن التأمين العينى يعطى صاحبه سلطة مباشرة على مال معيّن يستطيع بمقتضاها أن يستوفى حقه من ثمنه . وهو يحقق للدائن أفضلية على سائر دائنى المدين الآخرين ، فهو يتمتع فى مواجهتهم بحق الأفضلية . ويتمتع الدائن كذلك بالحق فى التتبع أى تتبع المال المخصص لوفاء حقه فى أى يدٍ يكون . لذا فإن الحق العينى التبعى يؤمن الدائن ضد خطر اعسار المدين من جهة وضد خطر تصرف المدين فى ماله من جهة أخرى .

المطلب الثانى

أنواع الحقوق العينية التبعية

(أ) الرهن الرسمى :

حق الرهن الرسمى le droit d'hypothèque هو حق عينى تبعى يتقرر للدائن بعقد رسمى على عقار مخصص لوفاء دينه ، ويكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يدٍ يكون .

لا يقع الرهن الرسمى إلا على عقار مملوك للمدين أو للغير ، حيث يمكن أن يقدم شخص آخر عقاراً يملكه لضمان

دين المدين ، ويسمى هذا الشخص بالكفيل العينى . وينشأ الرهن بالاتفاق بين الدائن المرتهن والراهن (مالك العقار) . ويجب أن يكون هذا الاتفاق رسمياً بمعنى أن يتم أمام الموثق فى الشهر العقارى .

تظل حيازة العقار المرهون للراهن ولا تنتقل الى الدائن . ويحتفظ الراهن بكل السلطات التى يخوّلها له حق الملكية على العقار ، حيث يستطيع التصرف فيه واستغلاله واستعماله بشرط أن يضمن سلامة الرهن بمعنى أنه لا يستطيع أن يأتى تصرفاً ، قانونياً أو مادياً ، يؤدى الى انقاص قيمة الرهن(١) .

(ب) الرهن الحيازى :

حق الرهن الحيازى le droit de gage ou nantissement هو حق عينى تبعى ينشأ بعقد يلتزم به شخص ، ضماناً لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبى يعيّنه العاقدان ، شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوّل له حبس الشىء لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشىء فى أى يدٍ يكون .

ينشأ الرهن الحيازى بعقد رضائى ولا يشترط أن يكون رسمياً . وهو يرد على العقار أو المنقول . وتنتقل حيازة الشىء المرهون الى الدائن أو الى شخص آخر يعيّنه المتعاقدان. ويلتزم الحائز بالمحافظة عليه وإدارته واستثماره .

---

(١) م ١٠٣٠ – ١٠٨٤ مدنى .

ويكون الانتفاع بالشىء لحساب الراهن ، أى أن صافى الريع والفائدة من استعمال الشىء يُخصم من الدين المضمون بالرهن .

وانتقال حيازة الشىء المرهون الى الدائن أو الأجنبى الذى عينه المتعاقدان يعد شرطاً لنفاذ الرهن فى مواجهة الغير ، وذلك بالاضافة الى شروط أخرى تختلف باختلاف الشىء المرهون . فإذا كان الشىء عقاراً وجب قيد الرهن لأننا نكون بصدد رهن حيازى عقارى antichrèse . وإذا كان الشىء منقولاً مادياً كنا بصدد رهن حيازى فى المنقول gage ووجب اثبات تاريخ العقد . وإذا كان المرهون ديناً عادياً وجب إعلان الرهن إلى المدين أو قبوله إياه . وإذا كان المرهون ديناً ثابتاً فى سند رسمى وجب أن يكون هناك نزول يذكر فيه أنه تم على سبيل الضمان ويؤشر به على السند ويقُيّد فى سجلات المؤسسة التى أصدرت السند . وإذا كان الدين ثابتاً فى سند إذنى وجب تظهير السند بما يفيد أن القيمة للضمان . وإذا كان الدين ثابتاً فى سند لحامله وجب أن يدوّن العقد فى ورقة ثابتة التاريخ كما هو الشأن بالنسبة الى المنقول المادى ».

يخوّل الرهن الحيازى الدائن المرتهن ، فى استيفاء حقه ، ميزتى التتبع والأولوية على ثمن الشىء المرهون . ويخوّله كذلك الحق فى حبس هذا الشيئ فى يده الى حين استيفاء حقه . فإذا تصرف الراهن فى الشىء كان للدائن المرتهن أن يمتنع عن تسليمه الى المتصرف اليه حتى يستوفى دينه .

ويراعى أنه إذا لم يفِ المدين بالدين عند حلول الأجل فإن الدائن المرتهن ، سواء تعلق الأمر برهن رسمى أو برهن حيازى ، كى يستوفى حقه ينبغى عليه اتباع اجراءات التنفيذ

التى نص عليها القانون . وعلى ذلك يقع باطلاً كل اتفاق يعطى للدائن الحق ، إذا لم يستوف الدين عند حلول أجله ، فى أن يتملك العقار المرهون بأى ثمن كان ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء ، أو فى بيعه دون أن يراعى الاجراءات التى فرضها القانون وهذا هو شرط الطريق الممهد . ويتعلق ذلك البطلان بالنظام العام لأن الاجراءات التى فرضها القانون قد وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، فالاخلال بشىء من ذلك لا يقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان ، إذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع منه رضاه (١).

(جـ) حق الاختصاص droit d'affectation :

هوحق عينى تبعى يتقرر بأمر من القضاء ، حيث يجوز لكل من بيده حكم واجب التنفيذ ، صادر فى موضوع الدعوى، يلزم المدين بشىء معيّن ، أن يحصل ، متى كان حسن النية ، على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات .

يتضح من ذلك أن حق الاختصاص لا يتقرر إلا على العقارات بمقتضى أمر يصدر من القاضى . ولا يستطيع الدائن أن يطلب هذا الحق من المحكمة إلا بعد حصوله على حكم واجب التنفيذ ضد المدين . يتقدم الدائن بعريضة الى رئيس المحكمة التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد

(١) م ١٠٩٦ - ١١٢٩ مدنى .

الاختصاص بها . يصدر الرئيس ، بعد التحقق من توافر الشروط ، أمره بالاختصاص ويدوّنه فى ذيل العريضة ، مراعياً فى ذلك التناسب بين مقدار الدين وقيمة العقارات التى يتقرر عليها الاختصاص .

يسرى على حق الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، إذ يكون لصاحبه حق تتبع العقار أو العقارات المحملة بحقه فى أى يد كانت ، وهو يتقدم فى استيفاء حقه من ثمنها ، على الدائنين العاديين والدائنين ذوى الحقوق العينية التبعية التالين له فى المرتبة من وقت قيد الاختصاص بالطريقة التى يقيد بها الرهن الرسمى . ويحتفظ المالك بحيازة العقار الذى يقع عليه الاختصاص[1] .

(د) حقوق الامتياز privilèges :

الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معيّن مراعاة منه لصفته . ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون. فالامتياز لا ينشأ إلا بنص قانونى . ويحدد القانون مرتبة حق الامتياز بالنسبة لحقوق الامتياز الأخرى إذا ما تعددت هذه الحقوق على مال واحد .

يقدر المشرع أن ثمة حقوق معنية أولى بالرعاية لذا ينبغى الوفاء بها قبل الديون الأخرى . فالشارع يقرر الامتياز لاعتبارات تتعلق بالدين ، ولا تتصل بشخص المدين . وتتعدد هذه الاعتبارات فقد تكون انسانية كالامتياز المقرر لأجور العمال ودين النفقة ، وقد تكون المصلحة العامة كالامتياز

---

(١) م ١٠٨٥ - ١٠٩٥ مدنى .

المقرر للخزانة العامة ، وقد تأسس على العدالة كامتياز البائع ودين الأجرة .

وتنقسم حقوق الامتياز ، من حيث الأموال التى ترد عليها ، الى حقوق امتياز عامة ، وحقوق امتياز خاصة .

أ- ترد **حقوق الامتياز العامة** على جميع أموال المدين سواء كانت منقولات أم عقارات . ومن أمثلتها : امتياز المصروفات القضائية ، امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، امتياز أجور ورواتب الأجراء ، امتياز دين النفقة ، امتياز المبالغ المستحقة للموردين عما تم توريده من مأكل وملبس .

ويلاحظ أن حقوق الامتياز العامة لا يجب شهرها ولو كان محلها عقارات لذا فهى لا تخوّل صاحبها حق التتبع ، فإذا تصرف المدين فى أحد أمواله ، فلا يجوز للدائن التنفيذ على هذا المال . وهى تخوّل الدائن حق التقدم فحسب ، أى الأولوية على جميع الدائنين الآخرين فى استيفاء حقه من الأموال الموجودة لدى المدين وقت التنفيذ .

ب- أما **حقوق الامتياز الخاصة** فترد على مال معيّن من أموال المدين ، سواء كان هذا المال منقولاً أم عقاراً . وهى تخوّل صاحبها الى جانب ميزة التقدم على غيره من الدائنين وفقاً لمرتبته ، ميزة التتبع ، على نحو يستوفى حقه من ثمن المال الذى يرد عليه فى أى يدٍ يكون .

- ومن أمثلة **حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول** : الامتياز المقرر على المنقول ضماناً للمبالغ التى صرفت فى حفظه وترميمه . امتياز بائع المنقول على الشىء المبيع ضماناً للثمن وملحقاته . امتياز مؤجر العقار على ما

يكون موجوداً بالعين المؤجرة من منقولات قابلة للحجز ومن محصول زراعى .

لا تخضع هذه الحقوق للشهر ، لذا لا يُحتج بها على الغير الذى كسب حقاً على المنقول وانتقلت اليه حيازته وهو حسن النية لا يعلم بوجود الامتياز . مؤدى ذلك أن ميزة التتبع كثيراً ما تتعطل بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية. لذلك أجيز للدائن ، إذا خشى لأسباب معقولة ، تبديد المنقول محل حق الامتياز أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

– ومن أمثلة **حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار :** امتياز بائع العقار ضماناً للثمن وملحقاته . امتياز المقاول والمهندس المعمارى على المنشآت التى قاموا بتشييدها أو ترميمها أو صيانتها ضماناً للمبالغ المستحقة لهم بسبب هذه الأعمال .

تخضع هذه الحقوق لقواعد الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مع طبيعتها . لذلك لا يحتج بها على الغير إلا إذا تم شهرها بطريق القيد . يستثنى من ذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، حيث لا تخضع هذه الحقوق للشهر (١).

---

(١) م ١١٣٠ – ١١٤٩ مدنى .

الفصل الثانى

الحق الشخصى أو حق الدائنية

le droit personnel ou de créance

نعرض لماهية الحق الشخصى ثم نبيّن وجه التفرقة بينه وبين الحق العينى .

المبحث الأول

ماهية الحق الشخصى

نبيّن ماهية الحق الشخصى من خلال خمسة محاور متتالية : الأول ، التعريف به . والثانى ، بيان أنواعه . والثالث ، تحديد محله ، والرابع استعراض أوصافه وانتقاله . والخامس، بيان طرق انقضائه .

المطلب الأول

مفهوم الحق الشخصى

(أ) تعريف الحق الشخصى :

يتمثل الحق الشخصى فى رابطة قانونية بين شخصين ، تخوّل لأحدهما وهو الدائن مطالبة الآخر وهو المدين باعطاء شىء أو القيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . فالحق الشخصى يخوّل الدائن سلطة اقتضاء أداء معيّن من المدين .

لا ينصب الحق الشخصى على شىء معيّن كما هو الحال بالنسبة للحق العينى ، بل يقوم على أداء معيّن لا يمكن

للدائن أن يحصل عليه مباشرة بل لا بد من تدخل شخص آخر هو المدين . فالمقرض لا يمكنه استيفاء القرض بالاستيلاء عليه مباشرة ، بل لا بد له من مطالبة المدين الذى يلتزم بالوفاء به . لذلك سُمى بالحق الشخصى لأنه يتمثل فى التزام يقع على عاتق شخص معيّن يجب عليه الوفاء به ، أى علاقة بين شخصين ، بحيث لا يستطيع صاحب الحق مباشرته إلا بواسطة المدين .

وقد سُمى هذا الحق بالحق الشخصى لأننا ننظر الى العلاقة من وجهة الدائن صاحب الحق . لذا يطلق عليه أيضاً اصطلاح « حق الدائنية » على اعتبار أن صاحبه دائن لشخص آخر بأداء معيّن . أما إذا نظرنا الى تلك العلاقة من ناحية المدين ، فإنها تكون واجباً أو التزاماً obligation . فالحق الشخصى والالتزام تعبيران عن علاقة واحدة ، أى أن المصطلحين يعبران عن نفس المضمون . ويستعملان كمترادفين . والقواعد التى تنظم الحقوق الشخصية هى بذاتها التى تنظم الالتزامات . ونظراً لأن دور المدين فى العلاقة أظهر وأكثر أهمية من دور الدائن فإن تعبير الالتزام هو الذى شاع استعماله فى اللغة القانونية .

(ب) أركان الحق الشخصى :

يتضح من التعريف السابق أن للحق الشخصى أو الالتزام عدة أركان :

١- طرفا الحق ، وهما الدائن والمدين . وقد يتعدد أطراف الحق فنكون بصدد أكثر من دائن أو مدين فى ذات العلاقة . ويشترط القانون توافر الأهلية بالنسبة للأطراف وخاصة

المدين وأن تكون ارادة الالتزام سليمة غير مشوبة بأى عيب من عيوب الارادة ، كالغلط أو التدليس أو الاكراه .

٢- محل الحق الشخصى ، ويتمثل فى عمل المدين الايجابى أو السلبى ، أى التزامه بأداء عمل معيّن أو الامتناع عن عمل محدد ، وله عدة شروط كما سنرى .

٣- سبب الالتزام ، أى السبب الذى من أجله التزم الشخص . هذا السبب قد يكون مباشراً ، فحصول البائع على الثمن هو السبب وراء التزامه بتسليم الشيء المبيع . وقد يكون السبب غير مباشر ، كالباعث النفسى وراء البيع أو الشراء الذى يتمثل فى الانفاق أو عمل مشروع أو غير ذلك .

ويجب أن يكون السبب مشروعاً بأن لا يحرمه القانون ، ولا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب .

٤- مصدر الالتزام ، أى الأمر الذى ترتب عليه نشوء الالتزام فى ذمة المدين . يتمثل هذا الأمر فى التصرف القانونى أو الواقعة القانونية . فالعقد ، مثلاً تصرف قانونى ، يعد مصدراً لالتزام أحد المتعاقدين قبل الآخر . كالتزام المشترى بدفع الثمن . والفعل الضار واقعة قانونية ، يقرتب عليها التزام الشخص الذى ارتكب خطأ معيناً بتعويض المضرور من جراء هذا الخطأ . وقد يكون مصدر الالتزام هو القانون مباشرة ، كالتزام الزوج بالانفاق على زوجته وأولاده . وسنعرض لذلك بصدد مصادر الحق بصفة عامة .

٥- الحماية القانونية ، وتتمثل فى تخويل صاحب الحق دعوى قضائية يستطيع من خلالها حمل المدين جبراً على تنفيذ التزامه إذا لم يقم بالتنفيذ باختياره .

المطلب الثانى
أنواع الحقوق الشخصية

إذا كانت الحقوق العينية قد وردت على سبيل الحصر ، فإن القانون لم يحصر الحقوق الشخصية بذواتها ، بل اكتفى ببيان مصادرها . والواقع أن هذه الحقوق لا تقع تحت حصر ، فهى تتنوع بحسب نوع الأداء الذى يلتزم به المدين . ومن المقرر أن للأفراد حرية الاتفاق على ما يرغبون من حقوق لتحقيق مصالحهم انطلاقاً من مبدأ سلطان الارادة ، ولعل القيد الوحيد على هذه الحرية يتمثل فى عدم مخالفة الاتفاق للنظام العام والآداب .

يتمثل موضوع أو مضمون أو محل الحق الشخصى فى الأداء الذى يلتزم المدين بالقيام به ، ويكون دائماً عملاً معيناً يحب على المدين أن يقوم به . هذا العمل قد يكون ايجابياً وقد يكون سلبياً . يسمى العمل السلبى بالامتناع عن عمل obligation de ne pas faire . والعمل الايجابى قد يكون اعطاء شيئ obligation de donner، وقد يكون محض أداء عمل obligation de faire . وعلى هذا الأساس يجرى **تقسيم الحقوق الشخصية** أو الالتزامات الى : التزام باعطاء ، والتزام بعمل ، والتزام بامتناع عن عمل .

(أ) الالتزام باعطاء :

هو الالتزام بنقل أو انشاء حق عينى على شىء : عقار أو منقول . هذا الشىء لا يعتبر محلاً للالتزام ، بل ان المحل هو العمل الذى ينبغى على المدين القيام به لنقل الحق على الشىء أو انشاؤه .

ومن أمثلة الالتزام بنقل حق عينى التزام البائع بنقل ملكية الشىء المبيع الى المشترى ، فقد يقتضى ذلك قيام البائع بعمل معيّن كافراز المنقول المعيّن بنوعه أو المساهمة فى اجراءات تسجيل العقار . ومن أمثلته أيضاً التزام المشترى بدفع الثمن للبائع ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر .

ومن أمثلة الالتزام بانشاء حق عينى ، التزام مالك العقار بانشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر ، أويلتزم بانشاء حق رهن على هذا العقار ضماناً للوفاء بدين فى ذمته.

(ب) الالتزام بعمل :

أن يكون الأداء عبارة عن مجرد عمل أو فعل يؤديه الملتزم لصاحب الحق ، أى الالتزام بالقيام بعمل ايجابى غير الاعطاء. والأمثلة على الالتزام بعمل كثيرة ومتنوعة ؛ كالتزام المقاول بتنفيذ عمل معيّن كاقامة بناء أو حفر قناة أو تعبيد طريق ، والتزام العامل بالعمل لدى صاحب العمل ، والتزام الناقل بنقل بضاعة من مكان الى آخر ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة ، والتزام المستعير برد العين المستعارة ، والتزام الفنان بأداء العمل أو الأداء المتفق عليه .

(جـ) الالتزام بالامتناع عن عمل :

يلتزم المدين التزاماً سلبياً هو الالتزام بالامتناع absention ، حيث يجب على المدين الامتناع عن القيام بعمل كان يملك القيام به قانوناً . من ذلك مثلاً التزام بائع المحل التجارى بعدم فتح محل تجارى مماثل فى المنطقة التى يوجد فيها المحل الذى باعه . والتزام العامل بالامتناع عن منافسة رب العمل خلال مدة معيّنة بعد انتهاء العقد . والتزام الفنان بعدم العمل لدى مسرح آخر أو شركة انتاج أفلام أخرى .

المطلب الثالث

محل الحق الشخصى

يجب أن يتوافر فى العمل موضوع الحق الشخصى ، سواء أكان ايجابياً أم سلبياً عدة شروط حددها القانون :

١- ينبغى أن يكون محل الالتزام أمراً ممكناً أو شيئاً موجوداً أو قابلاً للوجود ، فعدم وجود محل الالتزام يستلزم انتفاء قيامه .

فإذا كلن محل الالتزام أداء عمل أو امتناعاً عن عمل وجب أن يكون هذا المحل ممكناً ، فإن كان مستحيلاً ، كان الالتزام باطلاً . والاستحالة التى تؤدى الى البطلان هى الاستحالة المطلقة وليست الاستحالة النسبية ، ومثال الاستحالة النسبية التى لا تؤثر فى صحة الالتزام أن يتعهد مقاول بتنفيذ عملية انشائية كبيرة تتخطى بكثير حدود امكانياته المادية والفنية ، فهنا الاستحالة تكون شخصية لأنها إذا كانت تقوم بالنسبة لشخص فلا تقوم بالنسبة لغيره . أما الاستحالة المطلقة فهى استحالة موضوعية ، قد تكون مادية مثل التزام الجراح باجراء عملية جراحية لمريض تبيّن أنه قد مات ، وقد تكون قانونية مثل الالتزام بتسليم سلعة أجنبية تمنع البلد المنتجة لها تصديرها الى الخارج . والالتزام بالطعن فى حكم قضائى بعد فوات الميعاد .

أما إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى على شىء (التزام باعطاء) ، وجب أن يكون هذا الشىء موجوداً وقت التعاقد . فمن يبيع منزل ، يتبيّن هلاكه قبل إبرام العقد ، فإن

العقد يقع باطلاً لعدم وجود المحل . أما إذا وجد محل الالتزام وقت العقد وهلك بعد ذلك ، فإن العقد ينعقد ، ولكن تنفيذه يكون مستحيلاً فينفسخ العقد .

ويجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، فالتعامل على أشياء مستقبلة جائز ، كمن يتعهد بتوريد سلعة معينة ينتجها مصنعة فى المستقبل ، وكمن يؤجر شقة لم يتم بناءها بعد . على أنه إذا لم يوجد الشىء فى المستقبل ، فإن العقد ينفسخ بعد أن يكون قد انعقد فعلاً .

وإذا كان القانون قد أجاز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ، فإنه لا يجيزه فى بعض الصور ، مثل عدم جواز رهن المال المستقبل أو هبة الأموال المستقبلة . وقد حرم القانون كذلك التعامل فى التركات المستقبلة . فإذا باع الوارث ما سوف يؤول اليه من التركة بعد وفاة مورثه فإن مثل هذا التصرف يكون باطلاً لأنه ينطوى على معنى المضاربة على حياة شخص حى وهو ما يتعارض مع الآداب .

٢- ينبغى أن يكون محل الالتزام معيناً أو قابلاً للتعيين ، وإلا كان العقد باطلاً . ويكون المحل معيناً إذا حدد تحديداً كافياً لبيان عناصره ومضمونه . فإذا كان الالتزام ببيع منزل وجب تحديد موقعه وأوصافه . وان كان الشىء محل الالتزام غير معيّن بذاته ، ككمية من القمح ، وجب أن يكون معيناً بمقداره (كمائة طن مثلاً) مع بيان النوع ودرجة الجودة . أما إذا كان محل الالتزام القيام بعمل وجب توضيح هذا العمل وبيان حدوده ومداه ، وقد يكون تعيين المحل متضمناً فى ظروف المعاملة .

ولا يلـزم أن يكون المحل مـعينـاً ، بل يكفـى أن يكون قـابلاً للتعيين حتى يمكن الاتفاق عليه ، وحتى يستطيع المدين الوفاء به . وذلك كـبيع الثمـار الموجودة فى أرض معـينة ، تلك الثـمار غير محددة ، ولكنها قابلة للتعيين عند الجنى .

٣- ينبغى أن يكون المحل أمراً مشروعاً أو شيئاً مما يجوز التـعامل فـيه . فـإذا كان مـحل الالتـزام مخـالفاً للـنظام العـام والآداب كان العقد باطلاً .

والأشـياء قـد تخـرج عن التـعامـل بطبـيعـتـها ، كـالأشيـاء المشتركة مـثل الشمس والهواء والمياه ، فهـذه الأشياء لا يمكن الاستـئثار بـها فى مجـموعهـا ، ومع ذلك إذا استـأثـر شخـص بجـزء منها (كـزجاجات المياه) فـإنها تصـلح أن تكون مـحلاً للتعاقد .

وقد تخـرج الأشـيـاء عن التـعـامل بـحكـم القـانون حـمـاية للـمصـلحـة العـامة كالمال العـام مـثل الطـرق والأنهـار ، فهـذه الأشياء لا يجوز بيعها أو التعـامل فيها . وقد يخـرج الشـىء عن التعامل لعدم مشروعية ذلك بحكم القانون أى لمخالفته للنظام العام والآداب ، كما فى بيع المخدرات والـربا الفاحش ومباشـرة الدعارة .

والنـظام العـام فكـرة مرنـة تعبـر عن الأسـاس السـيـاسـى والاجتـماعى والاقتـصادى والخلقى الذى يقـوم عليه المجـتمع ، فهى تتغيّر بتغيّر الزمان والمكان . ومن تطبيقات فكرة النظام العام والآداب عدم جـواز الاتفاق على ارتكاب جـريمة أو تقاضـى الـرشـوة أو التـهـرّب مـن الضـريبـة أو إدارة بـيـت من بـيـوت الدعارة . فمثل هذه الاتفاقات تُعد باطلة .

المطلب الرابع

أو صاف الحق (الالتزام)

الالتزام قد يكون بسيطاً ، أى مجرد رابطة قانونية تقوم بين شخصين : دائن ومدين ولم يلحق به وصف يعدل من آثاره . والوصف هو أمر معيّن يلحق الالتزام فى أحد عناصره ويؤدى تعديل آثاره ، ويسمى الالتزام فى هذه الحالة بالالتزام الموصوف أو الالتزام المركب .

وتتمثل أوصاف الالتزام فى أنواع ثلاثة: منها ما يتصل بنفاذ الالتزام أو وجوده ، أى تجعله غير منجز وهى الشرط والأجل ، ومنها ما يتصل بمحل الالتزام ، فقد يتعدد المحل ، فيكون الالتزام تخييرياً أو بدلياً . وقد يتصل الوصف بطرفىّ الالتزام ، فقد يتعدد الطرفان فيكون الالتزام مشتركاً أو تضامنياً . وقد يقبل الالتزام التجزئة من عدمه . وقد ينقسم الالتزام من حيث الحماية القانونية الى التزام مدنى والتزام طبيعى . وأخيراً فإنه قد يتغيْر أحد أطراف الالتزام مع بقاءه فى ذاته فى قوامه وخصائصه .

(أ) الالتزام المضاف الى أجل أو المعلق على شرط

الشرط والأجل وصفان يلحقان الالتزام فيعدلان من آثاره. والشرط كالأجل كلاهما أمر مستقبل ، إلا أن تأثيرهما على الالتزام ليس واحداً :

١- فالشرط Condition أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله . فإذا كان وجود

الالتزام متوقفاً على الشرط يكون الشرط واقفاً ، فالشرط الواقف هو الذى يتوقف على تحققه وجود الالتزام ، فإن تخلف لا يوجد الالتزام . فإذا تعهد والد لولده بأن يهبه منزلاً إذا تزوج ، يكون الزواج وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع، شرطاً علّق عليه التزام الوالد .

أما إذا ترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام المعلق عليه كان هذا الشرط فاسخاً . فالالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد فى الحال وينفذ ولكن زواله هو الذى يُعلق على الشرط فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتُبر كأن لم يكن . وإذا تخلف يصبح الالتزام باتاً . فإذا أوصى الزوج لزوجته بمنزل بشرط ألا تتزج بعد وفاته لتنقطع لتربية أولاده ، فإن الزواج وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، يعتبر شرطاً فاسخاً ، فإذا تحقق ترتب عليه زوال الالتزام أى الوصية ، وإذا تخلف تصبح الوصية باتة أى الالتزام نهائى .

٢- أما الأجل Terme ، فهو أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أو انقضاؤه ، كما لو تعهد شخص لآخر بأن يقرضه مبلغ من المال فى خلال سنة .

فالأجل إذن كالشرط هو أمر مستقبل ، غالباً ما يكون تاريخاً معيناً يرتبط به نفاذ الالتزام ، كما فى المثال السابق ، أو انقضائه كالتزام المقترض بأن يرد مبلغ القرض فى تاريخ معيّن . ولكن الأجل يتميّز عن الشرط بأنه أمر محقق الوقوع. ولذلك كان الحق المؤجل حقاً موجوداً كاملاً وإن كان مؤجل النفاذ .

وينقسم الأجل ، من حيث أثره ، الى أجل واقف يترتب على حلوله نفاذ الالتزام أى أن يصبح الالتزام واجب النفاذ

مستحق الأداء ، كالتزام المقترض برد القرض ، وأجل فاسخ يترتب على حلوله انقضاء الالتزام وانتهاء تنفيذه ، ومثاله عقد التوريد لمدة سنة ، حيث يترتب على مرور السنة انتهاء التزام المورد بالتوريد .

(ب) الالتزام التخييرى والالتزام البدلى

يكون الالتزام بسيطاً إذ ا اشتمل موضوعه على شىء واحد أو على عدة أشياء تجب معاً ، بحيث لا تبرأ ذمة المدين إلا بأدائها كلها .

أما إذا اشتمل محل الالتزام على عدة أشياء وتبرأ ذمة المدين إذا أدى واحداً منها فقط ، فإننا نكون بصدد **التزام تخييرى** obligation facultive . وذلك كالتزام الشريك بأن يقدم للشركة حصة نقدية أو عينية . والأصل أن يكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على أن يكون الخيار للدائن أو لشخص آخر .

وقد يكون محل الالتزام شيئاً واحداً فقط ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً من هذا الشىء شيئاً آخر ، فهنا يقال بأن **الالتزام بدلى** obligation alternative . يستطيع المدين ابراء ذمته إذا أدى شيئاً آخر بدلاً من المحل الأصلى . والخيار هنا لا يكون إلا للمدين فقط ، فالدائن لا يستطيع أن يطالب بالشىء الأصلى فقط .

(جـ) الالتزام المشترك والالتزام التضامنى ، والالتزام الغير قابل للانقسام

الأصل فى الالتزام أن يكون بسيطاً ، فيه دائن واحد ومدين واحد ، ولكن قد يتعدد الأطراف . فإذا تعدد الدائنون أو

المدينون ولكن دون تضامن بينهم ، كان الالتزام مشتركاً . أما إذا كان هناك تضامن كان الالتزام تضامنياً . وأخيراً قد يتعدد الطرفان أو أحدهما دون تضامن ولكن يكون الالتزام غير قابل للانقسام أو التجزئة .

١ ـ الالتزام المشترك :

إذا تعدد الدائنون أو المدينون فى الدين الواحد ، دون تضامن ، فإن الدين ينقسم بينهم ، أى أن تتعدد الالتزامات بقدر عددهم . ويكون التعدد مصدره القانون أو الاتفاق . فإذا توفى الدائن انتقل حقه الى ورثته ، ويصبح للمدين دائنون متعددون هم الورثة بدلاً من دائن واحد . وإذا اشترى عدة أشخاص عقاراً معيناً أصبحوا مدينين بالثمن .

والقاعدة أن يكون لكل واحد من الدائنين نصيبه من الدين كأنه دين مستقل بذاته . وكذلك فى حالة تعدد المدينين بالنسبة الى نصيب كل منهم . فلا يتأثر أحد الدائنين أو المدينين بموقف باقى الشركاء . فإذا اشترى عدة أشخاص عقاراً على الشيوع فإن كل منهم لا يلتزم إلا بحصته فى العقار أى لا يدفع من الثمن إلا ما يقابل نصيبه . وإذا باعوا هذا العقار فلا يكون لأى منهم أن يطالب المشترى إلا بقدر نصيبه فى الثمن .

٢ ـ الالتزام التضامنى :

يكون الالتزام تضامنياً إذا كان هناك تضامن بين الدائنين أو المدينين . والتضامن بين الدائنين يسمى بالتضامن الايجابى la solidarité active . ويسمى التضامن بين المدينين بالتضامن السلبى .

نكون بصدد تضامن بين الدائنين إذا كان لكل منهم الحق

فى اقتضاء الدين كله من المدين ، ويحق للمدين أن يوفى كل الدين لأى منهم ، على أن يرد الدائن الذى يستوفى الدين كله لكل واحد من الدائنين الآخرين نصيبه . والتضامن بين الدائنين لا يكون إلا بناء على اتفاق بينهم . ويجب أن يكون هذا الاتفاق واضحاً وغير قابل للشك ، ولا يمكن افتراضه .

يقوم التضامن السلبى la solidarité passive فى العلاقة بين المدينين . ويكون كل مدين منهم مسئولاً عن كل الدين ، بحيث يستطيع الدائن أن يطالب أى مدين منهم بالوفاء بكل الدين ، ويجوز لأى منهم أن يفى الدين كله فيبرئ نفسه وسائر المدينين معه ، على أن يرجع على كل منهم بقدر نصيبه فى الدين .

والتضامن لا يُفترض ، بل يجب أن يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون . ومن أمثلة ذلك تضامن المسئولين عن عمل ضار فى التزامهم بالتعويض عن الضرر . والتضامن بين الشركاء فى شركة التضامن . وللتضامن بين المدينين أهمية بالغة فى الحياة العملية بالنظر الى الائتمان الذى يوفره للدائن ، إذ يضمن الحصول على حقه كاملاً من أى مدين ويتفادى بذلك خطر اعسار أو افلاس أحد المدينين .

٣ - عدم قابلية الالتزام للانقسام :

إذا كان محل الالتزام يقبل التجزئة فإنه يكون قابلاً للانقسام . والأصل فى الالتزام أنه يقبل الانقسام . فإذا تعدد أطرافه ، فإنه يُقسّم بينهم سواء كانوا دائنين أم مدينين . إلا أنه فى بعض الأحوال يكون الالتزام غير قابل للانقسام بحيث يجب الوفاء به جملة واحدة .

يكون الالتزام غير قابل للتجزئة إما بسبب طبيعة محله

كما لو كان شيئاً أو عملاً غير قابل لتجزئة مادية أو معنوية . كالالتزام بتسليم الحيوان المبيع الى المشترى ، والالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . وقد يتفق الأطراف على أن يكون الالتزام غير قابل للتجزئة رغم أنه بطبيعته يقبل الانقسام .

وتظهر أهمية عدم القابلية للانقسام فى حالة تعدد الدائنين أو المدينين . فيجوز لكل دائن أن يطالب بأداء الالتزام كاملاً . ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام كل بقدر حصته . ويكون كل مدين ملزماً بوفاء الدين كله . ويجوز للدائن أن يطالب أى مدين بكل الدين ، وله أن يطالبهم جميعاً . ويكون لمن يوفى بالالتزام حق الرجوع على سائر المدينين . ويكون الرجوع على كل منهم بقدر حصته . والأصل أن الحصص متساوية إلا إذا حدد الاتفاق نسبة أخرى لكل منهم.

(د) الالتزام الطبيعى والالتزام المدنى

ان الأثر الطبيعى للالتزام الذى ينشأ فى ذمة الشخص ، هو الوفاء به . وإذا لم يقم المدين بالوفاء من تلقاء نفسه ، فإن القانون يضع السلطة العامة فى خدمة الدائن لإجبار المدين على تنفيذ التزامه .

والتنفيذ الجبرى لا يكون إلا بصدد الالتزامات المدنية دون الالتزامات الطبيعية. يُعتبر الالتزام المدنى التزاماً كاملاً لأنه فى حالة تخلف المدين عن الوفاء به أمكن اجباره على ذلك . وهذا بعكس الحال فى الواجب الأدبى وقواعد المجاملات حيث لا يوجد الزام فى الوفاء بهم .

وبين الالتزام القانونى والواجب الخلقى توجد طائفة ثالثة

من الالتزامات هى الالتزامات الطبيعية . فالالتزام الطبيعى obligation naturelle يعتبر التزاماً لا يحميه جزاء ، أى لا يمكن تنفيذه جبراً على المدين ، بل يكون هذا الأخير حراً فى الوفاء أو عدم الوفاء به . إلا أنه متى تم تنفيذه لا يكون هذا التنفيذ تبرعاً بل هو وفاء لأن الالتزام الطبيعى ، وإن كان مجرداً من عنصر الجبر ، إلا أنه مع ذلك التزام قائم فى ذمة المدين .

فإذا كان الالتزام المدنى ينطوى على عنصرين : المديونية وهى الواجب القانونى الذى يفرض على المدين الوفاء به ، والمسئولية وهى اجبار المدين على الوفاء بواجبه ، فإن الالتزام الطبيعى التزام ناقص لا ينطوى إلا على عنصر المديونية دون عنصر المسئولية . يشترك الالتزام المدنى مع الالتزام الطبيعى فى عنصر المديونية أى أن القانون يوجب الوفاء بكل منهما ولكن الوفاء بالالتزام الطبيعى يظل إختيارياً للمدين ولا يجوز الإجبار على تنفيذه .

ومن أمثلة الالتزام الطبيعى ، إذا انقضى التزام مدنى تخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى(١) ، والتزام الشخص بالانفاق على الأقارب الذين لا تلزمه نفقتهم قانوناً ، والتزام الأب بتجهيز ابنته .

(هـ) انتقال الالتزام

يُقصد بانتقال الالتزام تغيّر أحد أطرافه مع بقاء الالتزام فى ذاته فى قوامه وفى خصائصه . فإذا حلّ شخص جديد

---

(١) الالتزام لا ينقضى بمجرد اكتمال مدة التقادم بل يظل التزاماً مدنياً واجب الوفاء به الى أن يدفع بتقادمه . فإذا انقضى الالتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المدين . نقض ١٨/٢/١٩٧٥ س٢٦ ص٤٢٩ .

محل الدائن ، كان الانتقال ايجابياً وسُمى بحواله الحق Cession de Créance ، أما إذا حلّ الشخص محل المدين ، كان الانتقال سلبياً ، وسمى بحوالة الدين cession de dette .

ينتقل الحق عن طريق الاتفاق بين الدائن (المحيل) وشخص أخر (المحال اليه) على نقل الحق الموجود فى ذمة المدين ، أى أن المحيل ينقل الى المحال اليه ما له من حق قِبَل المدين . ولا يُشترط رضاء المدين بل يكفى اعلانه بالحوالة أو قبوله لها لنفاذها ، وذلك على أساس أن المدين يستوى لديه استبدال دائن بدائن أخر .

أما حوالة الدين فهى اتفاق يتم بمقتضاه نقل الدين من المدين الأصلى (المحيل) الى شخص أخر يتحمل عنه هذا الدين (المدين الجديد أو المحال عليه) ، هذا مع بقاء الدين فى ذاته بجميع صفاته . وتتحقق حوالة الدين إما باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه (المدين الجديد) وإما باتفاق بين الدائن والمحال عليه . ولا بد لنفاذ الحوالة فى حق الدائن من اقرارها .

المطلب الخامس

انقضاء الالتزام

الحق الشخصى مؤقت بطبيعته لأنه رابطة بين شخصين يكون بمقتضاه أحدهما مديناً للآخر بأداء معيّن ، وهذا الالتزام لا يمكن أن يكون أبدياً وإلا فإنه يعتبر قيداً خطيراً يمس حرية المدين .

تتعدد الطرق التى ينقضى بها الالتزام . وقد قسّم المشرع

هذه الطرق الى أقسام ثلاثة : الوفاء ، ما يقوم مقام الوفاء ، دون وفاء .

(أ) الوفاء

الوفاء هو قيام المدين بما التزم به ، أى التنفيذ العينى الاختيارى للالتزام ، ويعتبر الوفاء الطريق الطبيعى المرغوب فيه لانقضاء الالتزام . فالبائع يفى بالتزامه بنقله ملكية المبيع، والمشترى يفى بالتزامه بدفع الثمن ، والمقاول يفى بالتزامه باقامة البناء الذى تعهد باقامته . ويجب أن يكون الوفاء بالشىء الذى التزم به المدين . وعلى المدين الوفاء بكل الشىء المستحق ولا يجوز له تجزئته . ولا يمكن اجبار الدائن على قبول وفاءاً جزئياً لحقه .

والقاعدة أن المدين نفسه أو نائبه هو الذى يقوم بالوفاء بالتزامه ، غير أنه قد يتم الوفاء عن طريق شخص من الغير له مصلحة فى الوفاء . والأصل أن يكون الوفاء للدائن أو من ينوب عنه . وإذا امتنع الدائن عن قبول الوفاء ، فإن المدين يستطيع اللجوء الى اجراءات العرض والايداع ليبرئ ذمته . والأصل أنه ينبغى الوفاء بالالتزام فور نشوئه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وتقضى القواعد العامة فى الاثبات أن على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه .

(ب) انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

ينقضى الالتزام بعدة طرق تعادل الوفاء هى :

١ – **الوفاء بمقابل** ، أو الاعتياض ، هو قبول الدائن

مقابلاً يستعيض به عن المستحق له أصلاً . هنا يقوم المدين باعطاء الدائن شيئاً آخر غير الذى كان ملتزماً بأدائه . فقد يكون ملتزماً بأداء مبلغ من النقود ، وتبرأ ذمته بتقديم بضائع أو سلع . ولا يصح ذلك إلا بقبول الدائن .

٢- **التجديد** novation ، هو احلال دين جديد محل الدين القديم ، ويختلف الدين الجديد عن القديم إما فى محله أو فى مصدره أو فى أحد طرفيه ، فهو اتفاق على انقضاء التزام قديم، وانشاء التزام جديد يحل محله ويختلف عنه فى عنصر من عناصره ، قد يكون الدين أو أحد طرفيه (الدائن أو المدين) كما لو التزم المدين بنقل ملكية عقار بدلاً من التزامه بتقديم مبلغ من النقود .

٣- **الانابة فى الوفاء** délégation ، وتعنى أن المدين قد أناب عنه شخصاً آخر يتعهد للدائن بالوفاء بدين جديد بدلاً من الدين الذى كان فى ذمته . فهى تتم إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى يقوم بوفاء الدين مكان المدين . فهى عمل قانونى يقتضى وجود ثلاثة أشخاص : المنيب (المدين) ، المناب (الغير الذى سيفى بالدين) ، المناب لديه (الدائن) .

وغالباً ما تكون بين المنيب والمناب علاقة مديونية سابقة ، فيها المنيب دائن والمناب مدين ، وهذا ما يفسّر رضاء المناب بأن يتعهد بالوفاء للمناب لديه . كما لو أناب البائع المشترى فى أن يدفع ما عليه من ثمن لدائن البائع . وقد لا يكون المناب مديناً للمنيب ولكنه يقصد التبرع بقيمة الدين للمنيب أو يقصد إقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك .

٤- **المقاصة** Compensation : وتتحقق إذا أصبح المدين دائناً لدائنه ، حيث تجتمع فى كل من طرفىّ الالتزام صفة

الدائن والمدين ، فينقضى الدينان بقدر الأقل منهما . فإذا اقترض شخص ألف جنيه ، ثم باع الى المقرض شيئاً بمبلغ خمسمائة جنيه ، انقضى الدينان بالمقاصة ، بقدر الأقل منهما بحيث يكون المقرض وهو المشترى دائناً للمقترض وهو البائع بمبلغ خمسمائة جنيه .

ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها ، وكان محل كل من الدينين المتقابلين نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة ، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع ، مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة القضائية ، قابلاً للحجز . والمقاصة التى تتوافر فيها تلك الشروط هى المقاصة القانونية أى التى تقع بحكم القانون . ويوجد الى جانبها نوعان آخران هما : المقاصة الاختيارية أو الاتفاقية وهى التى يستطيع الأفراد أن ينظموها بإرادتهم ويحددوا شروطها . وهناك المقاصة القضائية التى يجريها القاضى باستكمال شرط خلو الدين من النزاع الذى افتقدته المقاصة القانونية .

٥- **اتحاد الذمة** : ويتحقق عندما تجتمع صفتىّ الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة الى دين واحد ، وغالباً ما يقع اتحاد الذمة بسبب الميراث أو الوصية . فإذا مات الدائن وورثه المدين ، تجتمع فى هذا الأخير صفتا الدائن والمدين ، أى يصبح دائناً لنفسه وينقضى دينه عن طريق اتحاد الذمة . ومن أمثلة اتحاد الذمة بين الأحياء ، أن تشترى إحدى الشركات السندات التى أصدرتها . أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به .

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة ، فقد يقع اتحاد الذمة فى الدين بتمامه ، كما لو كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن ، وقد يقع اتحاد الذمة فى جزء

من الدين ، كما لو ورث المدين نصف تركة الدائن .

(جـ) انقضاء الالتزام دون الوفاء

ينقضى الالتزام دون أن يقوم المدين بالوفاء فى عدة حالات هى :

١- **الابراء** la remise de dette ، هو تنازل الدائن عن حقه بدون مقابل ، فهو تبرع ينقضى به الدين ، وتبرأ ذمة المدين دون أن يحصل الدائن على شىء . والابراء تصرف قانونى يتم على سبيل التبرع ، ويتم بارادة واحدة هى ارادة الدائن ، ودون حاجة الى قبول المدين ، بل يكفى مجرد علمه به . ويجوز للمدين أن يرفض الابراء إذا رأى فيه مساساً بكرامته .

٢- **استحالة التنفيذ** : ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه ، كقوة قاهرة أو حادث فجائى أو خطأ الدائن أو فعل الغير . أما إن كانت الاستحالة بسبب خطأ المدين لم ينقضِ الالتزام وانما يجب تنفيذه عن طريق التعويض .

والمقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الدين هى الاستحالة المطلقة أى التى تجعل الوفاء بالالتزام غير ممكن البتة . ولا يكفى أن يكون الالتزام مرهقاً طالما أنه لازال ممكناً ، ففى هذه الحالة لا ينقضى الالتزام ، بل يمكن تخفيفه تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة . والاستحالة قد تكون مادية ، كهلاكِ الشىء المبيع أو اصابة المقاول بمرض يمنعه من تنفيذ التزامه . وقد تكون الاستحالة قانونية كنزع الدولة لملكية العقار الذى التزم المدين بنقل ملكيته .

٣- **التقادم المسقط** : وهو عبارة عن انقضاء الحق إذا

مـضت عـليـه مـدة مـعـيّنة دون أن يـطالـب الدائـن به أو دون أن يستعمله صاحبه . فالتـقادم يفترض مضى مدة معيّنة دون أن يطالـب الدائن المدين بالدين عـند استـحقـاقه . وبـانقضـاء هذه المدة يـسـتطـيع المدين أن يدفـع أية مـطالـبـة للدائـن بالـتمـسك بالتقادم المسـقط .

وكقـاعدة عـامة تـتقـادم الالتزامـات بمضـى خـمس عـشرة سـنة . وتوجد حالات يتقادم فيـها الالتزام بمدة أقصر من ذلك. كالتـقادم الـخمسـى بالـنسبة للـحقوق الدورية المتجـددة كأجرة المبـانى والأراضـى والأجـور ، وحـقـوق أصـحـاب المـهن الحـرة . والتقادم الثلاثى بالنسبة للضـرائب والرسوم المستحقة للدولة . والتقادم الحـولى بالنسبة لحقوق التجار والصناع عما وردوه من أشياء للأفراد، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم .

المبحث الثانى

التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

نعرض لأساس التفرقة ثم نبيّن آثارها .

المطلب الأول

أساس التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

(أ) معيار التفرقة :

يخوّل الحق الـعينى صاحـبه سلطة قانـونية مباشـرة على شـىء مـن الأشـيـاء المادية تمكنـه من الحـصول مـبـاشـرة عـلى المزايا التـى يعطيها لـه هذا الحق . مؤدى ذلك أن الحق العـينى يتضـمن عنصـرين هما صاحب الحق ومحل الحق .

أما الحق الشخصى فيتمثل فى علاقة بين الدائن والمدين ، يستطيع الأول اقتضاء أداء معيّن من الثانى . ولا يمكن لصاحب الحق الحصول على حقه إلا بتدخل هذا المدين. ومن ثم يتضمن الحق الشخصى ثلاثة عناصر : صاحب الحق ، المدين بالحق ، محل الحق وهو العمل أو الامتناع عن العمل .

وبالرغم من قدم واستقرار التفرقة بين الحقين ، إلا أن جانباً من الفقه هاجمها وحاول هدمها دون جدوى . حاول البعض تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، وحاول آخرون تقريب الحق الشخصى من الحق العينى .

(ب) محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى :

ذهب البعض ، ويطلق عليهم الشخصيين les personnalistes أو أنصار المذهب الشخصى ، الى أن القانون إنما ينظم الروابط بين الأشخاص ، ومن ثم فإن جميع الحقوق تفترض وجود علاقات بين الأشخاص . والحق العينى ، كالحق الشخصى تتوافر له نفس الرابطة القانونية بين الأشخاص ، وهو بهذا يتضمن نفس العناصر الثلاثة وهى : الدائن ، المدين ، محل الحق . كل ما فى الأمر ان المدين فى الحق الشخصى هو شخص معيّن بالذات ، يلتزم بالتزام محدد ، ايجابى أو سلبى ، أى بعمل أو بامتناع عن عمل، أما فى الحق العينى فهو الناس كافة حيث يقع عليهم التزام سلبى بعدم التعرض لصاحب الحق.

باءت هذه المحاولة بالفشل لأنها تقوم على تصوير مزعوم مخالف للواقع من حيث :

١- يتمثل الحق العينى فى سلطة مباشرة لشخص على شىء ، وليس رابطة بين الشخص والشىء ، فالروابط لا تكون إلا بين الأشخاص . والالتزام العام الواقع على جميع الناس باحترام الحق العينى ليس التزاماً محدداً يوجد رابطة بين صاحب الحق وغيره من الناس . فهذا الالتزام السلبى العام المفروض على الكافة يعد قائماً بالنسبة لكافة الحقوق ، بما فى ذلك الحق الشخصى . فمن يُحرِّض المدين على الاخلال بالتزامه يكون مسئولاً ويلتزم بالتعويض . مثال ذلك صاحب المصنع الذى يُحرِّض العامل لدى غيره على ترك العمل للعمل عنده . ويتميّز الحق الشخصى بوجود واجب خاص الى جانب الواجب العام ، يتمثل فى التزام المدين بأداء عمل أو امتناع عن عمل .

٢- لا يدخل الالتزام السلبى العام المفروض على الكافة ضمن عناصر تكوين الحق ، بل هو تالٍ لوجوده كوسيلة لحمايته ، أى أن هذا الالتزام لا يقوم إلا بعد نشوء الحق . أما الالتزام الخاص فى الحق الشخصى فهو عنصر جوهرى فى تكوينه لا يتصور قيام هذا الحق بدونه .

٣- الالتزام الخاص فى الحق الشخصى يُعد قيداً خاصاً على حرية المدين به ، فهو عنصر من عناصر حق مالى ، ومن ثم يدخل ضمن الجانب السلبى للذمة المالية للمدين . أما الالتزام السلبى العام فهو واجب مجرد من القيمة المالية ولا يظهر فى الذمة المالية .

وإذا كان الاعتداء على الحق العينى يلزم المعتدى بالتعويض أو الرد ، فإن هذا الالتزام لم يوجد عند نشوء الحق العينى بل يظهر عند واقعة الاعتداء التى تعد فى ذاتها مصدراً

لحق شخصى ، ذلك أن كل فعل ضار يستوجب الزام فاعله بالتعويض . فالعلاقة الناشئة من الاعتداء ليست علاقة حق عينى . بل هى علاقة حق شخصى أو التزام .

(جـ) محاولة تقريب الحق الشخصى من الحق العينى :

حاول أنصار النظرية المادية هدم التفرقة بين الحقين من خلال تقريب الحق الشخصى من الحق العينى . تسود هذه النظرية فى الفقه الألمانى .

ينظر هذا الاتجاه الى أن جميع الحقوق المالية تعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية ، يستوى فى ذلك الحقوق الشخصية والحقوق العينية . فالعبرة فى هذه النظرية هى بمحل الحق وليس بأطرافه . ولا ينبغى النظر فى الحق الشخصى على أنه رابطة بين شخصين بل هو مجرد قيمة مالية بغض النظر عن شخص الدائن أو المدين . ففى حالة المدين بمبلغ من المال أو بعمل من الأعمال ينبغى الاعتداد بالقيمة المالية للالتزام منفصلاً عن شخص الدائن والمدين .

ونظراً لأن الحق الشخصى يمثل مجرد قيمة مالية فإنه بذلك ينصب على شىء مثاله فى ذلك مثال الحق العينى ، وعلى هذا يندمج الأول فى الثانى ويجب قصر الحقوق المالية على نوع واحد هوالحق العينى .

لاقت هذه النظرية نجاحاً كبيراً حيث ساهمت فى التطور القانونى للأنظمة القانونية المعاصرة فيما يتعلق بنشأة الحقوق وانتقالها ودورها الحيوى على صعيد الائتمان . فالالتزام كقيمة مالية يسهل انفصاله عن شخص الدائن والمدين ويمكن بالتالى حوالة الحق وحوالة الدين أى تغيير أطراف الالتزام مع بقاء محله . ويمكن أيضاً وجود الالتزام

ولو لم يوجد الدائن وقت نشوئه ، فالمدين يلتزم بارادته المنفردة لدائن غير معيّن كما فى حالة الوعد بجائزة . ويجوز كذلك نقل الحق لشخص آخر على سبيل الائتمان ، وحيث يستطيع صاحبه التصرف فيه عن طريق بيعه أو هبته أو رهنه .

ولكن ذلك لا يعنى هدم التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى ، إذ لا يمكن التقليل من دور الدائن والمدين فى الحق الشخصى ، فقد تحتل شخصية المدين ، أحياناً أهمية ظاهرة تفوق أهمية محل الحق ، بل ان هذا المحل كثيراً ما يستمد قيمته المالية من الاعتبار الشخصى للمدين ، وذلك فى الأحوال التى يتصل العمل فيها بشخص المدين ، كما إذا التزم رسام برسم لوحة ، أو طبيب معيّن باجراء عملية جراحية ، أو ممثل معيّن بالتمثيل لدى صاحب مسرح .

(د) بقاء التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى :

لم تؤثر المحاولات السابقة فى قيام التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى والابقاء عليها وذلك بسبب الخلاف الجوهرى بين الحقين فى الطبيعة والعناصر .

ولا يزال التمييز بين الحقوق الشخصية والعينية أمراً أساسياً فى غالبية النظم القانونية المعاصرة . ويحرص المشرع على ابراز التقسيم بين الحقين فى المجموعة المدنية .

المطلب الثانى

آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

يترتب على اختلاف طبيعة الحق الشخصى والحق العينى والتفرقة بينهما عدة آثار تتمثل فى :

١- وردت الحقوق العينية فى القانون على سبيل الحصر. وليس للأفراد ابتداع حق عينى لم يرد ذكره فى القانون . فالمشرع هو الذى ينشىء تلك الحقوق ويحدد السلطات التى تخوّلها لأصحابها تحديداً واضحاً ، نظراً لأنه يُحتج بها على الغير من جهة ، وترتبط بحسن استغلال الثروة القومية لاتصالها بعناصر الملكية من جهة أخرى . ومن جهة ثالثة فإن الحق العينى التبعى يخوّل صاحبه أفضلية استيفاء دينه خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين ، وتلك مسألة لا يملك زمام تقريرها سوى المشرع .

أما الحقوق الشخصية فهى عديدة ومتنوعة ولا ترد تحت حصر ، لأنها ترتبط بأوجه النشاط الانسانى المختلفة . ويجوز للأفراد أن ينشئوا ما يشاءون من هذه الحقوق استجابة للمعاملات فيما بينهم ، وذلك فى حدود النظام العام والآداب .

٢- يخوّل الحق العينى صاحبه سلطة مباشرة على شىء، ولكى توجد هذه السلطة ينبغى تحديد المحل الذى ترد عليه ، فالسلطة لا تنصب إلا على شىء معيّن ، مؤدى ذلك أن الحق العينى لا بد أن يرد على شىء محدد بالذات . فإذا لم يكن المحل معيناً بذاته ، فلا يمكن أن نكون بصدد حق عينى . وإذا نشأت رابطة قانونية بصدد شىء غير محدد بالذات فإن هذه الرابطة لا ترتب سوى حق شخصى .

فإذا اشترى شخص كمية معيّنة من القطن دون تعيين هذه الكمية بذاتها ، فإن البائع يكون مديناً بنقل ملكية القطن للمشترى . ومجرد الاتفاق هنا لا ينقل الملكية لأن القطن لم يُعيّن بعد بذاته ، ولا يكون للمشترى آنذاك سوى حق شخصى قبِل البائع . وتنتقل الملكية من وقت افراز الكمية

المتفق عليها عن طريق الوزن . ويصبح المشترى مالكاً بافراز المقدار المبيع لأنه تعيّن بالذات .

ويقتضى ذلك من جهة أخرى ، أن يكون الشىء محل الحق العينى حالاً ، بمعنى أن يكون موجوداً ، ولذلك فإن العقود التى ترد على أشياء مستقبلة ، كبيع المحصول قبل نضجه ، تعتبر صحيحة قانوناً ، إلا أنها لا تنشىء سوى حقوقاً شخصية محلها عمل المدين وهو اعطاء شىء . ويكون المشترى صاحب حق شخصى فقط ، ويصبح صاحب حق عينى بوجود الشىء المبيع .

٣- يخوّل الحق العينى صاحبه سلطة مباشرة على الشىء ، ويزاول هذه السلطة دون حاجة الى وساطة أحد . وينتج الحق العينى أثره فى مواجهة الجميع حيث لا يتوقف ذلك على تدخل أو عمل من قبَل أى منهم . أما الحق الشخصى فلا يوجد إلا فى مواجهة مدين معيّن ، ولا يستطيع صاحبه الوصول الى محله إلا بتدخل هذا المدين . لهذا يقال بأن الحق العينى له طابه مطلق ، أما الحق الشخصى فله طابع نسبى .

٤- يخوّل الحق العينى صاحبه ميزة أو حق التتبع . فمضمون هذا الحق هو التسلط على شىء من الأشياء ، يستطيع صاحبه مزاولة هذه السلطة مباشرة على الشىء فى أى يد يكون ، حيث يتمسك بحقه فى مواجهة كل من يحوز الشىء ، بمعنى أنه يتتبع الشىء محل الحق إذا انتقلت حيازته الى شخص آخر .

فالمالك يستطيع أن يتتبع الشىء المملوك له فى أى يد يكون. ويطالب به ضد من يحوزه ، كأن يصبح فى يد الحائز أو السارق . ويستطيع صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو

السكنى أن يباشر حقه على الشيء ولو باعه مالكه الى شخص آخر . كما يستطيع صاحب حق الإرتفاق مباشرة حقه على العقار الخادم أياً كان الشخص الذى يحوزه . كما يتمتع بهذه الميزة أيضاً صاحب الحق العينى التبعى ، فللدائن المرتهن سلطة تتبع العين المرهونة، إذا تصرف فيها مدينه ، ومباشرة حقه عليها بين يدى المالك الجديد أو الحائز .

أما الحق الشخصى فلا يخوّل صاحبه سلطة التتبع ، وليس له أن يتتبع ما يتصرف فيه المدين من أمواله ، حتى لو تعلق الحق بشىء من هذه الأموال . فإذا اشترى شخص كمية من القطن دون تعيين هذه الكمية بذاتها فإنه يكون صاحب حق شخصى ، فإذا تجاهل البائع حق المشترى وقام ببيع كل ما لديه من قطن الى شخص آخر ، فلا يكون للمشترى الأول أن يطالب المشترى الثانى بشىء ، إذ ليس له على القطن أى حق عينى ، وانما يقتصر حقه على مطالبة البائع بتنفيذ التزامه .

٥- يخوّل الحق العينى صاحبه ميزة أو حق الأفضلية ، فهو يأمن مزاحمة غيره فى حدود مضمون حقه ، حيث يفضل كل مزاحم له فى نطاق ذلك المضمون . فإذا بيع العقار مرتين لشخصين مختلفين وسبق أحدهما الى تسجيل عقده فإنه يصبح مالكاً أى صاحب حق عينى ويُفضل على المشترى الآخر الذى لا يكون له سوى حقاً شخصياً قِبلَ من باع له .

وتبدو ميزة الأفضلية أكثر وضوحاً فى شأن الحقوق العينية التبعية فهذه الحقوق تتقرر ضماناً لحق شخصى ، بقصد تفادى مزاحمة الدائنين الآخرين . فللدائن المرتهن أن يستوفى حقه من ثمن العقار المرهون بالأفضلية على سائر الدائنين . وإذا تعدد أصحاب الحقوق العينية التبعية ، فالأولوية بينهم تكون بالأسبقية فى شهر حقوقهم .

أما الحق الشخصى فلا يخوّل صاحبه أفضلية ما ، فهو لا ينصب على شىء معيّن وإنما يرد على عمل المدين . فإذا تعدد الدائنون أصحاب الحقوق الشخصية فلا يكون لأى منهم أفضلية على الباقين ويشتركون فى الضمان العام . فإذا أعسر المدين وبيعت أمواله اقتسم هؤلاء الدائنون ثمن هذه الأموال فيما بينهم قسمة غرماء .

٦- الحق الشخصى مؤقت لأن محله عمل يقوم به المدين ويشكل ذلك قيداً على حريته ، ولا يمكن لهذا القيد أن يكون مؤبداً بل يتعيّن أن يكون لمدة لا تستغرق حياة المدين .

أما الحقوق العينية فالأصل فيها أن تكون دائمة لأنها سلطة تنصب على شىء معيّن فيمكن أن تظل هذه السلطة قائمة طالما كان الشىء محل الحق موجوداً . فحق الملكية لا يتحتم توقيته بمدة معيّنة ، ويدوم بدوام المال ، ولا يسقط بعدم الاستعمال . ويختلف الأمر بالنسبة للحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى فتكون مؤقتة بالاتفاق أو لمدة حياة صاحبها كما رأينا . وتنقضى الحقوق العينية التبعية بانقضاء الحق الشخصى الذى تضمن الوفاء به .

٧- يتمثل الحق العينى فى سلطة على شىء ، ومن ثم فهو يقبل الحيازة la possession أى وضع اليد . أما الحق الشخصى فغير قابل للحيازة لأنه رابطة بين شخصين تنصب على عمل يقوم به المدين . ويترتب على ذلك أن الحق العينى ، دون الحق الشخصى ، يمكن اكتسابه بالحيازة أو بالتقادم . فحيازة المنقول بحسن نية تكون سبباً لاكتساب ملكيته . ويمكن اكتساب الحقوق العينية على العقارات عن طريق الحيازة مدة معيّنة بالشروط التى يستلزمها القانون .

الفصل الثالث

حقوق الشخصية

Droits de la personnalité

مفهوم :

هناك طائفة من القيم المعنوية التى تستمد أصلها من شخصية الانسان وترتبط به ارتباطاً وثيقاً حيث تثبت له بمجرد وجوده باعتبارها مقومات شخصيته ، فهى بهذه المثابة الحقوق التى تتيح للانسان الانتفاع بنفسه وبكل ما تنطوى عليه ذاته من قوى بدنية وفكرية ، وتكفل ، فى ذات الوقت، الاعتراف بوجود الشخص وحمايته فى مواجهة الغير والسلطة .

ومن المقرر أن تلك الطائفة من الحقوق لم يرد لها ذكر فى القانون الرومانى باعتبارها حقوقاً بذاتها ، إلا أنه كان يتم حمايتها عن طريق دعوى قصد بها حماية الشخص بصفة عامة فى كيانه الجسدى والروحى . وعُرفت هذه الدعوى باسم دعوى الاعتداء .

جاءت الشريعة الاسلامية الغرّاء لتبرز أهمية الانسان ومكانته بين سائر المخلوقات ، وأقرّت حقوقه الشخصية المتعلقة بكيانه المادى والأدبى من خلال تقرير حقه فى الحياة منذ وجوده كجِنين وقدسية هذه الحياة من التعدى عليها ، بالاضافة الى حُرمة الحياة الخاصة من التجسس والاغتياب ، وتجريم سب الانسان أو قذفه ، والحفاظ على حرياته الأساسية فى نشاطه ومعاملاته بما لا يخالف مقتضى الشرع، وحرية الفكر والاعتقاد الى غير ذلك مما نُحيل بشأنه الى مؤلفات الفقه الاسلامى .

بدأت حقوق الشخصية فى التزايد واكتساب ذاتية خاصة فى القوانين المعاصرة ، واحتلال مكانة هامة فى النظام القانونى الحديث . وقد حرصت الجماعة الدولية على تأكيد هذه الحقوق الأساسية للانسان فى كثير من المواثيق الدولية وأهمها الاعلان العالمى لحقوق الانسان . واحتلت حيّزاً هاماً فى دساتير الدول المختلفة . وان اختلفت المسميات التى تطلق عليها بين : حقوق الشخصية ، الحقوق الملازمة للشخصية droits inhérents à la personnalité ، الحقوق الأساسية ، الحقوق العامة .

ويمكن رد هذه الحقوق الى طوائف ثلاث تمثل كل منها مظهراً من مظاهر الشخصية . فمن هذه الحقوق ما يتعلق بالكيان المادى للشخص ، ومنها ما يتعلق بكيانه الأدبى أو المعنوى، ومنها ما يتعلق بمزاولة نشاطه وما يستوجبه من حماية.

المبحث الأول

حق الشخص فى سلامة كيانه المادى

تثبت للانسان الحقوق التى تكفل حماية كيانه المادى ، كحقه فى الحياة وفى سلامة جسمه وأعضائه . ولا تتقرر الحماية القانونية لجسم الانسان وحياته فى مواجهة الناس فقط ، بل تسرى كذلك فى مواجهة الشخص نفسه .

(أ) حماية حياة الانسان وجسده فى مواجهة الغير :

يستطيع الشخص الدفاع عن كيانه المادى ، ويمتنع على الآخرين المساس به أو الاعتداء عليه دون حق مشروع . ويترتب على ذلك :

أولاً : حظر الاعتداء على الانسان بالتعذيب أو القتل أو الجرح أو الضرب أو ما شابه ذلك . يترتب على اعتداء الغير على حق الشخص فى الحياة أو فى سلامة كيانه البدنى نوعان من المسئولية : مسئولية جنائية وأخرى مدنية . يتضمن القانون الجنائى مجموعة من القواعد المعدة لحماية الأفراد وصحتهم وتتضمن معاقبة مرتكبى جرائم الاعتداء على الأشخاص العمدية وغير العمدية . أما المسئولية المدنية فتتمثل فى الحكم بالتعويض على من تسبب فى الإضرار بسلامة جسم الانسان ويشمل التعويض الأضرار المادية والأدبية كالآلام الناتجة عن الاصابة والمساس بجمال الجسم ومعُاناة ذويه .

ثانياً : هناك بعض الحالات التى يكون فى المساس بالكيان الجسدى أمراً مشروعاً ، حيث يتم استعمالاً لحق ، كالدفاع الشرعى مثلاً ، أو استناداً الى نصوص تشريعية مبررة ، كتوقيع العقوبات البدنية مثل عقوبة الاعدام أو الحبس واتخاذ التدابير الاحترازية قبَل بعض الأشخاص كالمجانين . ويعبّر القرآن الكريم عن أهمية حياة الانسان ونطاقها بقوله : « ولقد كرّمنا بنى آدم» ، « من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً » « ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب» .

ثالثاً : يجوز للمشرع الزام الأشخاص فى بعض الأحوال ، بالخضوع لفحوص أو تحاليل أو تطعيمات أو علاج وقائى معيّن ضد بعض الأمراض أو الأوبئة حماية للمصلحة العامة أو قبل الدخول فى علاقة زوجية (١).

---

(١) والتحليل الخاص بالزواج قد يكون اختيارياً وقد يكون إجبارياً كما فى =

إلا أنه لا يجوز فى الخصومة القضائية اخضاع أحد الخصوم ، بهدف جمع الأدلة فى الدعوى ، لفحص طبى أو تحليل علمى معيّن ، كتحليل الدم فى دعاوى اثبات أو نفى البنوة ، وتعاطى عقاقير معيّنة تساعد فى الوصول الى الحقيقة ، والخضوع لأجهزة الكشف عن الكذب . فيجوز للخصم أن يرفض الخضوع لذلك ، إلا أنه ينبغى ملاحظة أن هذا الرفض قد يؤثر على عقيدة القاضى حيث يمكن أن يستخلص ، فى حالة عدم قيام مبرر للرفض ، قرينة قضائية تعزز دعوى الطرف الآخر فى الدعوى .

وإعمالاً لنفس المبدأ ليس للورثة أن يطلبوا من المحكمة اخضاع زوجة المتوفى للكشف الطبى لمعرفة ما إذا كانت حاملاً أم لا أو لمعرفة ما إذا كان الجنين ذكراً أم أنثى ، تمهيداً لتوزيع التركة لأن فى مثل هذا الاجراء مساساً بحرية وكرامة الزوجة . ويجب على الورثة انتظار المدة القانونية للحمل أو التوزيع مع وقف أوفر النصيبين للجنين .

(ب) حماية حياة الانسان وجسده فى مواجهة نفسه :

إذا كان القانون يكفل للشخص حقه فى الحياة وفى سلامة جسمه حال حياته أو بعد مماته . فليس معنى ذلك أن

= القانون اللبنانى ، وتختلف النتيجة من دولة لأخرى . فهناك من يقصد تبصير الزوجين بحالتهما ومخاطر انجاب أطفال مشوهين أحياناً ، وهناك من يمنع انعقاد الزواج ، وهناك من يرى تعقيم الأشخاص فى هذه الحالة ، وبصفة عامة اللجوء الى تعقيم الأشخاص المصابين بخلل أو بأمراض من شأنها التأثير على أطفالهم وذلك لتفادى تعاقب أجيال من المرضى أو المجرمين . وهذا ما تقضى به قوانين بعض الولايات الأمريكية . ويرى البعض اشتراط رضاء المريض . ويرفض الاتجاه الغالب ذلك .

يكون للشخص سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء ، بل ترد على هذا الحق عدة تحفظات لتعلقه بحق الله وحق الجماعة .

أولاً : ان جسم الانسان يتعلق كذلك بكيان الجماعة وتتفق سلامته مع الصالح العام ، لذا نجد كثير من القوانين تعاقب على الشروع فى الانتحار والقتل بناء على طلب المجنى عليه وموافقته كما فى حالة اليأس من الحياة والمعاناة من المرض (القتل بدافع الشفقة) .

ثانياً : الأصل هو حرية المريض فى العلاج ، ولا بد من موافقة المريض الصريحة أو الضمنية على مباشرة الأعمال الطبية أو التدخل الجراحى ولو لبتر عضو من الأعضاء حفاظاً على سلامة باقى الجسد . ويكفى الرضا الصادر مقدماً من ولىّ النفس إذا كانت ارادة المريض غير معتبرة قانوناً ، ورضاء أقاربه إذا كانت حالته لا تتيح أخذ رأيه ، ولا حاجة لأى رضاء إذا كان العمل الطبى أو الجراحى ضرورياً اجراؤه فى الحال أو كان المريض فى ظروف تجعله لا يستطيع التعبير عن ارادته وكان من المتعذر الحصول فوراً على رضاء ولىّ النفس . ويشترط بطبيعة الحال أن يتم الفعل بيد شخص مرخص له فى مباشرة الأعمال الطبيعة أو الجراحية وأن يتجه قصده الى شفاء المريض .

ولكن هل يستطيع المريض رفض متابعة العلاج أو الخضوع لعملية جراحية إذا كان فى رفضه ما يزيد من جسامة مسئولية شخص آخر نحوه ؟ مثال ذلك المصاب فى حادث سيارة. لا شك أن الرفض يكون مشروعاً إذا كان له ما يبرره ، أما إذا لم يكن هناك مبرر لهذا الرفض فإن ذلك يُعد تعسفاً فى استعمال حقه فى سلامة جسده ، ويترتب

على ذلك انقاص حقه فى التعويض بمقدار ما سبّبه رفضه من زيادة الضرر ، فلا يلتزم المسئول عن الحادث إلا بتعويض الضرر الذى كان سيبقى فى حالة اجراء العملية .

ثالثاً : يُحظر تصرف الانسان فى جسمه أو فى جزء منه، فلا يجوز التعامل فى هذا الجسد ، ويبطل بطلاناً مطلقاً كل اتفاق مخالف لهذا الحظر. ولكن هذا المبدأ ترد عليه عدة تحفظات:

١- يجوز التصرف فى الأجزاء القابلة للانفصال عن الجسم دون أدنى مساس به أو بحياة صاحبه ، وهى الأجزاء المتجددة كالشعر واللبن والدم . ويجوز إستئصال جزء من جلد إنسان وترقيع جلد إنسان آخر .

٢- يجوز التصرف فى الأجزاء التى انفصلت عن الجسم كالأسنان المخلوعة أو الأطراف المبتورة ، لأن هذه الأجزاء بعد انفصالها ، فى حادث مثلاً ، تصبح مجرد أشياء خارجية يجوز التعامل فيها .

٣- يجوز للشخص التصرف فى جثته بعد وفاته عن طريق الوصية ، كالسماح باجراء دراسات وتشريح للجثة لأغراض علمية ، والايصاء بالعينين لبنوك العيون (١) ، ونقل عضو من الجثة الى شخص لانقاذ حياته أو تحسين صحته ،

---

(١) تم إنشاء بنك العيون بالقانون ١٩٦٢/١٠٣ ، ويحصل على العيون من الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها ، الأشخاص التى يتقرر استئصالها طبياً ، الموتى أو قتلى الحوادث الذين تُشرح جثثهم ، من ينفذ فيهم حكم الاعدام ، الموتى مجهولى الشخصية .

ويتم الاستفادة من هذه العيون فى ترقيع القرنية بالنسبة للمرضى الذين يعالجون بالمستشفيات التى بها بنك للعيون وذلك بالأسبقية المطلقة لتقديم طلبات الحصول عليها .

مثال ذلك نقل القلب من المتوفى بعد الوفاة مباشرة ، وخاصة فى الحوادث ، أى عقب توقف خلايا المخ عن العمل طبقاً لمعيار رسام المخ الكهربائى وقبل موت خلايا القلب .

٤- يجوز اخضاع الشخص لاجراء تجارب طبية بعد الحصول على اذنه وموافقته ، ولكن يشترط لذلك أن يكون الشخص مريضاً بالمرض الذى تستهدف التجربة علاجه ، وأن تقوم التجربة على أسس علمية واضحة تقرها الجمعيات الطبية المعترف بها ، وإلا يكون من شأنها تعريض حياة المريض للخطر أو اصابته بضرر دائم .

٥- يذهب البعض الى حظر التصرف فى أى جزء من الجسم يؤدى الى نقص دائم فى كيان الشخص البدنى . وهذا هو الحكم فى القانون المصرى ، حيث يدخل مثل هذا التصرف فى نطاق التجريم .

ولكن هناك اتجاه متزايد يرى جواز التبرع بالأجزاء المكررة فى الجسم ، كالكلية أو العين ، فنقل العضو وإن شكل مساساً بجسم الانسان من الناحية التشريحية إلا أنه لا يؤثر على جسم الانسان من الناحية الوظيفية . ويشترط لذلك عدم اصابة المتنازل بضرر غير قابل للاصلاح ، وتحقيق مصلحة مؤكدة وكبيرة للمريض ، وأن يتم ذلك بناء على تقارير طبية مؤكدة . وهذا هو الاتجاه فى بعض الولايات الأمريكية وبعض الدول الأوربية (٢) .

---

(٢) وأمام التقدم العلمى فى هذا المجال وتزايد عمليات نقل الأعضاء من الناحية الواقيعة برز إتجاه واضح فى مصر نحو ضرورة تنظيم تلك المسألة على ضوء مقتضيات الشريعة والواقع العملى . وقد برز ذلك الاتجاه فى مؤتمر جامعة المنصورة لعام ١٩٩٦ . ولعل أهم ما ورد فيه : =

= بالنسبة لموقف الشريعة الاسلامية فإنه إنطلاقاً من عدم وجود نص صريح فى القرآن الكريم والسنة الشريفة يحكم مسألة نقل وزراعة الأعضاء فقد إختلف الفقهاء حيث ذهب البعض إلى تجريم ذلك مطلقاً إستناداً إلى أن الجسم ملك لخالقه وليس للانسان التصرف فيه وإن الأعضاء خلقها الله لحكمة ولوظيفة معينة منها الأصلى ومنها الاحتياطى لأجل معلوم ولا يجوز المساس بها . ويتجه رأى غالبية الفقهاء إلى إباحة هذه المسألة إعمالاً لقاعدة الضرورات تبيح المحظورات ، وأن الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف وتحقيقاً لمصلحة المرضى. فمن الثابت لدى الفقهاء انه يجوز شق بطن الانسان الميت واخذ عضو منه أو جزء من عضو لنقله إلى جسم إنسان حى أخر يقرر الطبيب إستفادة هذا الأخير بالجزء المنقول إليه ، رعاية للمصلحة الراجحة وقياساً على ما ذكره فقهاء الأحناف والشافعية من انه إذا ظهرت علامة غالبة على حياة الجنين فى بطن أمه المتوفاة كان شق بطنها وإخراجه جائزاً شرعاً ، ذلك أن صيانة حرمة الحى أو حياته أولى من صيانة حرمة الميت إن كانت حياة الجنين راجحة بعد إخراجه . ويشترط الفقهاء لإجازة النقل بين الأحياء الشروط الآتية : ١- أن تكون هناك ضرورة ، بأن يكون النقل لازماً لانقاذ حياة المنقول إليه ويناط بطبيب ثقة تقدير تلك الضرورة ، ٢- أن يكون النقل مفيداً للمنقول إليه إفادة حقيقية ، ٣- الا يترتب على نزع العضو هلاك المنزوع منه او إلحاق الضرر به عجزاً أو تشويهاً . ٤- الا يكون ذلك على سبيل البيع او نظير مقابل لخروج جسم الانسان عن دائرة التعامل ، حيث ينعدم فيه ركن البيع الذى هو مبادلة مال بمال .

وخلاصة توصيات المؤتمر فى هذا الشأن هى :

١- عدم جواز نقل الأعضاء أو أجزائها من إنسان حى أو من جثة ميت إلا إذا وجدت ضرورة علاجية يوجبها حفظ حياة المراد النقل إليه . وتتمثل تلك الضرورة فى أن يكون المراد النقل إليه مهدداً بخطر الموت . ولا سبيل إلى إنقاذه إلا بنقل العضو المحتاج إليه أو على التخلص من الام المرض باستبدال العضو التالف بعضو سليم . ويترك على كل حال تقدير توفر ضرورة نقل العضو من عدمها إلى أهل الخبرة من الأطباء المتخصصين ، ٢- لا يكون نقل الأعضاء الا على سبيل الوصية أو التبرع من شخص كامل الأهلية باقرار كتابى موقع عليه منه وذلك بعد احاطته علماً ، من أطباء متخصصين ، بطبيعة العملية ونتائجها وللمتبرع قبل اجراء عملية النقل أن يرجع فى تبرعه فى أى وقت دون قيد أو شرط ، ٣- لا يجوز نقل الأعضاء فيما بين الأحياء إلا من الأزواج وأقارب النسب حتى الدرجة الثانية ، ٤- يحظر نقل الأعضاء بالمخالفة للنظام العام والآداب ، كنقل وزرع الغدد الجنسية أو البويضات الملقحة من غير الزوج ، ٥- يحظر ممارسة عمليات نقل وزرع الأعضاء فى غير المراكز =

المبحث الثانى

حق الشخص فى سلامة كيانه الأدبى

تنطوى الشخصية الانسانية على مجموعة من القيم المعنوية كالشرف والسمعة والكرامة والأفكار والمعتقدات . تشكل هذه القيم عناصر أساسية للشخصية لا تقوم بدونها . وينبغى الاعتراف لكل شخص بحقوق معيّنة على هذه المقومات لتأمينها وتعد سنداً لدفع ما يقع عليها من اعتداء والتعويض عن الأضرار الناجمة من جراء ذلك .

(أ) الحق فى الشرف والاعتبار :

للشخص الحق فى الشرف droit de l'honneur الذى يكفل له احترام سمعته وشرفه واعتباره وكرامته من التعدى والايذاء . ويُقصد بالشرف مجموع القيم التى يضفيها الشخص على نفسه وتشكل سمعته التى تستتبع تقدير الناس له . وتتعدد أوجه ونواحى الشرف من الجانب الشخصى الذى يعكس كرامة الانسان الى الجانب الاجتماعى الذى يتكوّن من تقدير الجمهور للمواطن فى مجال نشاطه السياسى أو المهنى أو الفنى أو العلمى أو الأدبى .

= الطبية والمستشفيات التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الصحة طبقاً للضوابط التى يضعها ، ٦- يجوز نقل الأعضاء من جثة الميت إذا كان قد أوصى بذلك قبل وفاته أو بعد الحصول على الموافقة الكتابية لزوجه ولأقربائه حتى الدرجة الثانية . وفى حالة الميت مجهول الشخصية يجب إستئذان النيابة العامة . ٧- لا يجوز استئصال عضو من جثة ميت إلا بعد التثبت من الوفاة بصورة قاطعة وفقاً لما هو ثابت علمياً وطبياً ، ويجب مراعاة الاعتبارات الانسانية والآداب الطبية عند الاستئصال بما لا يعرض جثة الميت للامتهان أو التشويه ، ٨- وضع عقوبات جنائية صارمة لمن يخالف تلك الأحكام .

يتمثل الاخلال بالشرف فى الحط من مكانة الانسان وتعريضه لاحتقار الناس وازدرائهم عن طريق الأقوال والتشهير أو نسب أفعال معيّنة اليه . ولا شك ان هذه الأمور تتسم بالنسبية حيث تختلف بحسب الظروف والأشخاص . والمحاكم هى التى تقدر فى النهاية ما إذا كان هناك عدوان على الشرف من عدمه . وينبغى ألا يتسم التقدير بالجانب الشخصى المحض بل يجب الارتكان الى معيار موضوعى قائم على النظر الى شخص مماثل للمضرور .

تشمل الحماية القانونية للحق فى الشرف جانبان : أحدهما مدنى ، والآخر جنائى . فللمضرور الحق فى دفع الاعتداء على شرفه والتعويض عما لحقه من أضرار ، كما أن له أن يطلب من القضاء اتخاذ بعض الاجراءات اللازمة لوقف الاعتداء وازالة آثاره ، كالأمر بنشر الحكم كوسيلة لرد اعتبار المجنى عليه . ويعاقب القانون الجنائى على جرائم القذف والسب والبلاغ الكاذب .

(ب) الحق فى السرية droit au secret :

وهو ما يطلق عليه البعض الحق فى الخصوصية أو فى احترام الحياة الخاصة le respect de la vie privée وهو من المبادئ الدستورى الثابتة حيث يقرر الدستور بأن لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون ، فلكل شخص الحق فى أن تظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلنية مصونة عن تدخل الغير واستطلاعه . ويشمل ذلك كل أوجه حياة الشخص الخاصة ، كأسلوب حياته ومعيشته وأموره العائلية والصحية والعاطفية .

ويخرج عن نطاق الحياة الخاصة جوانب الحياة العلنية التى تتم بحضور الناس أو مشاركتهم فى الحياة العامة

للجماعة ، والتى يمكن أن تكون محلاً للنشر والتحقيقات الصحفية والقصص والمقالات ويتعلق ذلك بحرية الفكر والنشر . وتدق التفرقة ويصعب التوازن ، أحياناً ، بين الحق فى الخصوصية من جهة وحرية النشر من جهة أخرى ، إلا أنه يمكن القول بأن الأول ينصب على الحياة الخاصة للفرد بينما ترد الثانية على حياة الفرد العامة . ولا شك أن نطاق الخصوصية يختلف بالنسبة للفرد العادى عنه بالنسبة للشخصيات العامة السياسية والفنية والأدبية ، حيث يزداد بالنسبة لهم ، بسبب الشهرة ، مجال حرية النشر على حساب حياتهم الخاصة .

وازدادت أهمية الحق فى الخصوصية فى العصر الحديثة أمام تقدم العلم وأساليبه التى تمكن من كشف الناس وتتبع أخبارهم وعوراتهم وسهولة نشرها عن طريق آلات التصوير والتسجيل والرؤية البعيدة والأشعة التى تخترق الحواجز وأجهزة التصنت وغيرها .

ويحدث الاعتداء على الحق فى الخصوصية عادة عن طريق نشر واعلان مفردات الحياة الخاصة للشخص فى وسائلا الاعلام المختلفة وذلك دون موافقته الصريحة أو الضمنية . وتتمثل حماية القانون لهذا الحق فى عدة أوجه .

- تقرير حماية سرية وحرمة المراسلات والمخابرات الهاتفية ، فلا يجوز مراقبتها أو افشاء سريتها إلا فى الأحوال وطبقاً للأوضاع المبيّنة فى القانون .

ويجب على المرسل اليه احترام الأسرار الخاصة والعائلية التى تضمنتها الرسالة بشأن الراسل والغير ، وليس له أن يقدم للقضاء رسالة ذات طابع سرى إلا إذا أذن له المرسل بذلك .

- يجب على من يطلع على الأسرار الخاصة بحكم

وظيفته أو مهنته كالطبيب أو المحامى ، أن يمتنع عن افشائها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها مقصوداً به فقط منع ارتكاب جناية أو جنحة . ولا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إياه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما إلا فى حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر . كما أن القانون يعتبر افشاء أصحاب المهن للأسرار التى يؤتمنون عليها جريمة يعاقب عليها جنائياً .

– يجوز للمعتدى على سره رفع دعوى يطلب فيها الكف عن التعدى على حقه فى الخصوصية ، هذا بالاضافة الى حقه فى المطالبه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه .

– تقرير حرمة المسكن l'inviolabilité du domicile ، فلا يجوز دخول المساكن ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقاً للقانون . وللشخص حق الاحتفاظ بحياته الخاصة داخل مسكنه ، وحق القرار الهادئ فى هذا المسكن دون التزام باستقبال أحد فيه .

(جـ) الحق على الهيئة أو الصورة droit à l'image :

الصورة جانب من جوانب الشخصية الانسانية الجدير بالاحترام . ويتمتع الشخص بحق معنوى على صورته . ويجوز له الاعتراض على نشر أو عرض أو استعمال صورته عن طريق التصوير أو الرسم أو النحت أو غيره . ولذلك فمجرد نشر أو عرض صورة للشخص دون موافقته يستوجب المساءلة القانونية ، ولو تم ذلك بطريقة غير مشوهة أو غير مشوبة بالتعدى ، فلا يشترط لتحقق المسئولية وقوع ضرر لصاحب الصورة ، ويكون له الحق فى طلب وقف النشر بالاضافة الى التعويض فى حالة ثبوت الضرر .

ويُستثنى من ذلك الحالات التى يتم فيها التصوير بمناسبة حوادث وقعت علناً . وكذلك الحال بالنسبة للشخصيات الرسمية والعامة والفنية بشأن الصور المتعلقة بنشاطهم وأعمالهم ، دون تلك المتصلة بحياتهم الخاصة فى أوضاع حرصوا على اخفائها .

(د) الحق فى الاسم والحق الذهنى :

للشخص الحق فى اسم يميّز شخصيته عن غيره ، كما سنرى بمناسبة دراسة الشخص صاحب الحق . وهو من قبيل الحقوق المعنوية . ونفس الشىء بالنسبة لحق الشخص على أفكاره الذى سنعرض له .

المبحث الثالث

الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية

توجد طائفة ثالثة من حق الشخصية ترمى الى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه وتأدية دوره فى الحياة . وهذه هى الحريات العامة . لا بد للشخصية ، كى تنشط وتباشر حياتها الطبيعية ، من حرية القيام بالأعمال المادية أو القانونية أو الامتناع عن ذلك .

ويتعلق الأمر بحريات شخصية أو رخص عامة تثبت للناس كافة دون تمييز بمقتضى الدستور ، ومن أمثلتها حرية العقيدة ، وحرية الاجتماع ، حرية التعبير والكتابة ، حرية التنقل والذهاب والمجىء ، حرية العمل ، حرية التعاقد ، حرية الزواج ، حرية التجارة . وبصفة عامة حرية القيام بكافة الأعمال فى الحدود التى يضعها القانون .

وتتقرر الحماية القانونية لتلك الحريات من خلال تخويل

كل من يتعرض لاعتداء غير مشروع الحق فى طلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . هذا بالاضافة الى بطلان كل شرط أو اتفاق يشكل مساساً بتلك الحريات الأساسية أو يعوق ممارستها ، كالشرط الذى يلزم الشخص بعدم العمل أو بعدم الزواج.

المبحث الرابع

خصائص حقوق الشخصية

تتميز حقوق الشخصية بعدة خصائص تجعل لها ذاتية مغايرة لبقية طوائف الحقوق :

١ - حقوق الشخصية هى حقوق مطلقة :

تسرى حقوق الشخصية فى مواجهة الناس كافة ، حيث يُحتج بها قبل الجميع ، ويقع على عاتق السلطة العامة(١) وكل الناس واجب عدم المساس بتلك الحقوق أو عرقلة مزاولتها .

---

(١) النص فى المادة ٥٧ من الدستور على أن « كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون ، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء » وفى المادة الثانية من اتفاقية مناهضة التعذيب - التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٠/١٢/١٩٨٤ ووافقت مصر عليها بالقرار بقانون ١٥٤ لسنة ١٩٨٦ على أن « تتخذ كل دولة اجراءات تشريعية أو ادارية أو قضائية فعالة أو أية اجراءات أخرى لمنع أعمال التعذيب فى أى اقليم يخضع لاختصاصها القضائى ... ولا يجوز التذرع بأية ظروف استثنائية أياً كانت سواء كانت هذه الظروف حالة حرب أو تهديداً بالحرب أو عدم استقرار سياسى داخلى أو أية حالة من حالات الطوارئ العامة كمبرر للتعذيب» وفى المادة الرابعة على أن « تضمن كل دولة طرف أن تكون جميع أعمال التعذيب =

٢ – حقوق الشخصية لا تقوم بالنقود :

تتسم حقوق الشخصية بالطابع الأدبى أو المعنوى ، فهى لا تُعد مالاً ولا تقبل التقويم بالنقود .

وبالرغم من أننا بصدد حقوق غير مالية إلا أنها تستتبع آثاراً مالية ، إذ الاعتداء على حقوق الشخصية يوجب اصلاح الضرر الناشىء من الاعتداء عليها ، وذلك بدفع تعويض نقدى. فإذا حدث اعتداء على حق من هذه الحقوق رتب ذلك لصاحبه حقاً مالياً فى التعويض . ويشمل التعويض ، الى جانب الضرر المادى ، الضرر الأدبى المتمثل فى الألم والحزن الذى يحل بالشخص .

= جرائم بموجب قانونها الجنائى ... مستوجبة للعقاب بعقوبات مناسبة تأخذ فى الاعتبار طبيعتها الخطيرة » وفى المادة الرابعة عشر على أن « تضمن كل دولة طرف فى نظامها القانونى انصاف من يتعرض لعمل من أعمال التعذيب وتمتعه بحق قابل للتنفيذ فى تعويض عادل ومناسب » يدل على أن المشرع قدّر أن التعذيب الذى ترتكبه السلطة ضد الأفراد هو عمل اجرامى ذو طبيعة خطيرة أياً كانت الظروف التى يقع فيها أو السلطة الآمرة بارتكابه وأن الدعاوى الناشئة عنه قد يتعذر الوصول الى الحق فيها ما بقيت الظروف السياسية التى وقع فى ظلها قائمة ولذلك استثنى المشرع هذه الدعاوى من القواعد العامة فمنع سقوطها بالتقادم ولم يقصر المسئولية فيها على مرتكبى التعذيب والجهات التى يتبعونها بل جعل هذه المسئولية على عاتق الدولة بأسرها. لما كان مفاد المواد ٧٣ ، ١٣٧ ، ١٣٨ من الدستور أن رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية وهو الذى يتولى السلطة التنفيذية فيها ، ويضع بالاشتراك مع مجلس الوزراء السياسة العامة للدولة ويشرفان على تنفيذها ، ومن ثم فهو ذو الصفة فى تمثيل الدولة ولا يُغيِّر من ذلك أن الوزير يمثل الدولة فى الشئون المتعلقة بوزارته باعتباره المتولى الاشراف على شئونها والمسئول عنها والذى يقوم بتنفيذ سياسة الحكومة فيها . فذلك ليس من شأنه أن ينفى صفة رئيس الجمهورية فى تمثيل الدولة ذاتها فى دعاوى التعويض عن وقائع التعذيب وغيرها من الاعتداءات على الحقوق والحريات العامة والتى تسأل الدولة عنها بنص الدستور .

(الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/٧/٢٨) .

٣ - حقوق الشخصية لا يجوز التصرف فيها أو النزول عنها :

فهى حقوق لصيقة بالشخصية ذات صلة وثيقة بالانسان وتعد امتداداً ضرورياً لكيانه ولا يمكن أن تنفصل عنه ، ومن ثم فهى غير قابلة للتعامل فيها ، فلا يجوز التصرف فيها بمقابل أو بدون مقابل ، ولا يجوز النزول عن هذه الحقوق . ولا يجوز الحجز عليها لأن الحجز يؤدى الى البيع .

ويُجيز القانون ، على سبيل الاستثناء ، بعض الاتفاقات بصدد حقوق الشخصية التى تحقق أغراضاً اجتماعية جادة ونافعة دون أن تنطوى على مساس بالحق أو مخالفة للنظام العام والآداب . مثال ذلك جواز التصرف فى بعض أجزاء الجسم المتجددة كالشعر والدم واللبن ، وترخيص الشخص لآخر باستعمال اسمه كاسم أدبى مستعار أو اسم تجارى لاطلاقه على مكان محدد أو منتجات معيّنة .

٤ - حقوق الشخصية لا تنتقل بالميراث :

لا تُعد حقوق الشخصية جزءاً من الذمة المالية ، وهى تلازم الشخصية ، لذا فإنها لا تنتقل كقاعدة عامة الى الورثة ، ولا يمكنهم ، بالتالى ، مباشرة الدعاوى الخاصة بهذه الحقوق لأنها تتصل بشخص المتوفى . ولكن يرد على ذلك المبدأ تحفظان :

الأول : تنتقل الى الورثة الحقوق المالية التى تنشأ من حقوق الشخصية . ينشأ لصاحب الحق الشخصى حق مالى فى التعويض عن الضرر الواقع من الاعتداء على حقه . ينتقل الحق فى التعويض الى الورثة باعتباره حقاً دخل فى ذمة المضرور قبل وفاته .

الثانى : حق المؤلف له طبيعة مزدوجة : جانب معنوى يتمثل فى أبوة المؤلف لأفكاره ، جانب مالى يتمثل فى استغلالها مادياً . هذا الجانب يعتبر حقاً مالياً ينتقل الى الورثة ويجوز التصرف فيه . بل ان بعض سلطات الحق المعنوى تنتقل الى الورثة بهدف المحافظة على نسبة المصنف للمورث وبقائه على حالته ودفع أى اعتداء يتعرض له حمايةً لذكراه .

٥- حقوق الشخصية لا تخضع لنظام التقادم :

نظراً لأن تلك الحقوق ملازمة لشخصية الانسان فإنها تخرج عن دائرة التعامل ، وتكون غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم (أو مرور الزمن) فلا يمكن القول بسقوط الحق فى الحياة أو الحق فى الاسم أو الحق المعنوى للمؤلف مهما طال سكوت الشخص عن استعمال حقه . فمن ينشر مؤلفه تحت اسم مستعار أو بدون اسم له الحق فى اعلان اسمه الحقيقى فى أى وقت مهما طال الزمن . ومن يضع اسمه على مصنف لا يخصه فلا يكسب هذا الشخص الحق فى نسبة المصنف اليه مهما مضى من زمن .

ويجوز ، على سبيل الاستثناء ، أن يكون لمضى المدة دور فى تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها . فإذا استعمل شخص اسماً أدبياً مستعاراً مدة طويلة ثم تبيّن وجود شخص يطابق اسمه الحقيقى هذا الاسم المستعار ، فلا يجوز لهذا الشخص المطالبة بتحريم استعمال اسمه فى هذه الحالة.

الفصل الرابع
الحقوق الذهنية

Les droits intellectuels

تمهيد :

انبثق تطور الحياة المعاصرة عن ظهور النتاج الذهنى والفكرى للانسان فى مجال العلوم والآداب والفنون ، وكان من الطبيعى أن يواكب الفكر القانونى ذلك التطور من خلال ظهور طائفة جديدة من الحقوق الى جانب طوائف الحقوق التقليدية السابقة : العينية والشخصية . تتمثل هذه الحقوق فى طائفة الحقوق الذهنية أو المعنوية .

تتميّز الحقوق المعنوية بأنها ترد على أشياء غير مادية ، محلها معنوى غير محسوس من خلق الذهن ونتاج الفكر . ويتمتع صاحب الحق المعنوى بالاستئثار بما يرد عليه حقه بحيث ينسب اليه انتاجه الفكرى ، وله حق استغلاله مالياً .

وتتنوع صور المحل المعنوى الذى يرد عليه الحق الذهنى :

– فهناك الأفكار والآراء والتصويرات المختلفة التى هى من نتاج العلوم والآداب والفنون ، ويتعلق بها حق المؤلف droit d'auteur حيث ترتبط بشخص مبتدعها ، وهو الكاتب أو المخترع أو الفنان أو الرسام أو المصور أو المثّال ، ويكون لكل منهم حق فى أبوة واستغلال ابتكاره ونتاجه الفكرى(١) .

وهناك القيم المعنوية التجارية التى تتصل بالمحل التجارى

---

(١) وجرى الفقه التقليدى على تسمية الحق القائم على تلك الأفكار بالملكية الأدبية والفنية Propriété literaire et artistique .

وتستميل العملاء إليها . وهى تدخل فى العناصر المعنوية للمحل التجارى ، ويقال لها الحقوق المتعلقة بالعملاء droits de clientèle . وتضم الاسم التجارى والسمعة وثقة العملاء والعلامة التجارية .

– وهناك القيم المعنوية المتعلقة بابتكارات جديدة قابلة للاستغلال الصناعى ، وتتعلق بمنتجات صناعية جديدة أو طرق ووسائل صناعية مستحدثة أو تطبيقات جديدة بها . ويتمثل ذلك فى براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التى تميّز المنتجات . وقد جرى العمل على تسمية الحق الذى يرد على تلك القيم بالملكية الصناعية .

ونظراً لتزايد أهمية هذه القيم على الصعيد الاقتصادى والأدبى حظيت باهتمام المشرع فى النظم القانونية المعاصرة ، سواء على المستوى المحلى أو الدولى ، فعقدت الاتفاقيات الدولية لتنظيم وتوحيد القواعد الخاصة بهذه الحقوق وتوفير الحماية اللازمة لها(١) . ونظراً لتعلق جانب كبير من

---

(١) وقد توالت التشريعات المصرية فى هذا الصدد لعل آخرها القانون ٢٩ لسنة ١٩٩٤ المعدل للقانون ٣٨ لسنة ١٩٩٢ المعدل للقانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ . وتوالت الاتفاقيات الدولية فى هذا المجال لعل أهمها اتفاقية باريس لعام ١٨٨٣ واتفاقية برن لعام ١٨٨٦ وبروكسل لعام ١٩٤٨ واتفاقية اليونسكو لعام ١٩٥٢ ثم اتفاقية الجات general agreement on tarif and trade التى ستقوم على تنفيذها منظمة التجارة العالمية World trade organization . أنظر ما يلى ص١٦٢ .

والجدير بالذكر أن القضاء– قبل صدور تلك التشريعات– كان يحمى حق المؤلف استناداً الى قواعد العدالة ، حيث كان يلزم من يعتدى على هذا الحق بأن يعوض صاحبه عن الأضرار التى تصيبه بسبب هذا الاعتداء . تدخل المشرع بعد ذلك وقنن حلول القضاء . انظر مثلاً قضاء النقض بأنه وإن لم يوجد نص قبل صدور القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ يحدد مدة حماية حق الاستغلال المالى المقرر للمؤلف ، إلا أن الرأى كان مستقراً على أن هذه =

الموضوعات السابقة بالقانون التجارى فإننا نقتصر فى دراستنا على الحق الذهنى أو حق المؤلف .

ونعرض لدراسة الحق الذهنى فى أربعة مباحث، نبيّن فيها على التوالى الحقوق الذهنية التى يحميها القانون ، طبيعة ومضمون الحق الذهنى، حماية الحق الذهنى ، اتفاقية الجات فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية .

المبحث الأول

الحقوق الذهنية التى يحميها القانون

يتمتع بحماية القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة فى الآداب والفنون والعلوم أياً كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها[1] . مؤدى ذلك أن الحماية القانونية تشمل مؤلفى المصنفات المبتكرة ، ومن ثم فإن مناط الحماية هو توافر عناصر ثلاثة : المؤلف ، المصنف ، صفة الابتكار . ونعرض لكل عنصر منها على حدة .

= الحماية تظل للمؤلف طيلة حياته على الأقل . نقض ١٩٦٤/٧/٧ س١٥ ص٩٢٠ .

وقضت بأن للمؤلف وحده الحق فى استغلال مصنفه مالياً بالطريقة التى يراها فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير إذن منه وإلا كان عمله عدواناً على هذا الحق وإخلالاً به وبالتالى غير مشروع وخطأ يستوجب مسئولية فاعله عن تعويض الضرر الناشئ عنه . نقض ١٩٦١/١٠/٢٦ س١٢ ص٦٠٢.

(١) المادة الأولى من القانون ١٩٥٤/٣٥٤ .

المطلب الأول

المؤلف

يُقصد بالمؤلف كل من ينتج انتاجاً ذهنياً أياً كان نوعه وأهميته وطريقة التعبير عنه أو الغرض منه مادام ينطوى هذا الانتاج على قدر من الابتكار . فالمؤلف هو صاحب الحق الذهنى ، وهو لا ينحصر فيمن يبسط أفكاره فى كتاب بل يمتد ليشمل كل من ينتج انتاجاً ذهنياً مبتكراً أياً كان نوعه . وينطبق ذلك على كل مبتكر ، كالعالم والكاتب والمثّال والرسام والمصور والموسيقى .

وينطبق وصف المؤلف كذلك على المخترع لأنه يقوم بانتاج ذهنى يؤدى الى خلق تطبيقات جديدة فى عالم الصناعة . ونفس الشىء بالنسبة لمن يضع العلامات والبيانات التجارية أو يصمم الرسوم والنماذج الصناعية طالما انطوى عمله على خلق جديد . ولكن انتاج تلك الفئة يدخل فى نطاق الملكية الصناعية التى تتكفل بحمايتها قوانين خاصة .

والقاعدة أن نشر المصنف باسم شخص معيّن يُعد قرينة على أنه صاحب الحق الذهنى عليه أى أنه المؤلف له . فالمؤلف هو كل من ينسب اليه المصنف أياً كانت الطريقة التى يتم بها ذلك ، فقد يكون بذكر الاسم الحقيقى عليه أو اسم مستعار أو شعار معيّن أو أية طريقة أخرى كذكر علامة خاصة لا تدع مجالاً للشك فى التعرّف على شخصية المؤلف. إلا أننا أمام قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس ، حيث يجوز لصاحب الحق أن يثبت أنه المؤلف الحقيقى للمصنف المنسوب الى غيره ، وهنا تثبت له الأبوة الفكرية للمصنف المنشور مع كافة الحقوق التى يقررها القانون .

وينبغى التفرقة فى هذا الصدد بين وجود الحق الذهنى وبين نسبة المصنف الى مؤلفه أو نشره واستعماله . فالحق ينشأ ويثبت لصاحبه بمجرد الابتكار ويتمتع بالحماية القانونية بمجرد وجوده ولو لم ينشر ، ويستطيع صاحبه أن يدافع عن حقه فى حالة ما إذا نسبه شخص الى نفسه زوراً ، ويمكن أن ينتقل الى الورثة الذين يكون لهم سلطة تقرير نشره . والنشر لا يولد الحق بل هو سلطة تثبت لصاحبه بعد ميلاده ، حيث يكون لصاحب المؤلف سلطة نشر المؤلف من عدمه . ويُعد النشر مجرد قرينة بسيطة على أن من نشر المصنف باسمه يُعتبر صاحب الحق الذهنى عليه إلا أن يقام الدليل على العكس .

يوجب القانون ايداع المصنفات ، إلا أنه لا يترتب على عدم الايداع اخلال بحقوق المؤلف المقررة بهذا القانون(١) . مؤدى ذلك أن استعمال الحق أمر مستقل عن وجوده .

ولا تثور صعوبة إذا كان المؤلف شخصاً واحداً ، ولكن تحديد المؤلف وبيان صاحب الحق فى مباشرة سلطات الحق الذهنى قد يحتاج الى بعض الدقة ، وذلك فى حالة المصنف المشترك والمصنف الجماعى .

(أ) المصنف المشترك :

هو المصنف الذى يشترك فى تأليفه أو وضعه أكثر من شخص ، أى يتعاون على اخراجه ويشترك فى ابتكاره شخصان أو أكثر . كما لو قام مجموعة من العلماء بوضع كتاب علمى أو اشترك مجموعة من الباحثين فى تأليف بحث

---

(١) م ٤٨ من قانون حماية حق المؤلف .

حول مشكلة معيّنة ، أو تعاون أديبان على كتابة عمل أدبى ، واشتراك أكثر من فنان فى انتاج علمى فنى كالأعمال الموسيقية والاستعراضية والمسرحية والسينمائية والاذاعية .

فالمعيار فى وجود المصنف المشترك هو تعدد واضعيه من جهة ، وتضافر الجهود التى تساهم فى الابتكار حيث تستلهم فكرة مشتركة وتعمل بطريقة منسقة على اخراج المصنف . لذا يكون من الطبيعى اسناد الحق الذهنى الى كل المشتركين. وتقع على عاتقهم التزامات متبادلة تحد من سلطة كل منهم فى مباشرة حقه بطريقة منفردة . لهذا وضع المشرع أحكاماً خاصة بشأن هذا النوع من المصنفات . ولمعرفة تلك الأحكام ينبغى التفرقة بين نوعين من المصنفات المشتركة :

النوع الأول من المصنفات المشتركة هو الذى يختلط انتاج المشتركين فى التأليف على نحو لا يمكن معه تمييز دور كل منهم وفصل نصيبه فى المساهمة عن نصيب الآخرين ، وفى هذه الحالة يعتبر جميع من اشتركوا فى تأليف المصنف أصحاب حق عليه بالتساوى فيما بينهم ، إلا إذا أتُفق على غير ذلك . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأى منهم أن ينفرد بمباشرة السلطات التى يخوّلها حق المؤلف . بل يتعيّن اتفاق الجميع على ذلك . وإذا وقع خلاف بينهم فى هذا الصدد تعيْن اللجوء الى القضاء للفصل فيه . ولكن يجوز لكل من اشترك فى المصنف أن يرفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف(١) .

النوع الثانى من المصنفات المشتركة هو الذى يمكن

---

(١) م ٢٥ .

فصل دور كل مؤلف فى المصنف عن دور غيره من المشتركين فيه ، حيث يكون اشتراك كل منهم داخلاً تحت نوع معيّن من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيبه عن الآخرين . مثال ذلك المصنف السينمائى حيث يقوم الكاتب بوضع القصة ويشترك الممثل فى التمثيل والموسيقى فى الموسيقى التصويرية والمغنى فى الغناء والمخرج فى الاخراج وهكذا .

والقاعدة فى هذا الصدد أن يكون لكل من المشتركين فى المصنف الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ولكن يجب ألا يكون من شأن هذا الاستغلال المنفرد الاضرار باستغلال المصنف المشترك . ولا يجوز لأى منهم أن ينفرد بمباشرة السلطات التى يخوّلها حق المؤلف على المصنف فى مجموعه بل ينبغى أن يتم ذلك باتفاقهم جميعاً . ولكن يجوز لكل منهم أن يرفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف سواء وقع هذا الاعتداء على المصنف فى مجموعه أو على جزء معيّن منه .

خرج المشرع على القاعدة فى بعض الحالات فيما يتعلق بالمصنفات الموسيقية والسينمائية المشتركة ، حيث جعل الأفضلية لمؤلف الجزء الأكثر أهمية ، فخوّله الحق فى أن يستقل بمباشرة السلطات التى يخوّلها حق المؤلف على مجموع المصنف دون حاجة الى موافقة الآخرين ، وذلك مع حفظ حق مؤلف الجزء الثانوى فى الحصول على نصيبه من الربح ، وله حق نشر هذا الجزء الخاص به واستغلاله استقلالاً بشرط ألا يُستعمل فى مصنف مشابه للمصنف المشترك حتى لا يُتخذ وسيلة لمزاحمته .

ففى حالة المصنفات الموسيقية الغنائية يكون لمؤلف الشطر الموسيقى وحده ، لأنه الشطر الأهم ، الحق فى

الترخيص بالأداء العلنى للمصنف كله أو بنشره أو بعمل نسخ منه . وبالنسبة للمصنفات التى تنفذ بحركات أو خطوات مصحوبة بالموسيقى أو ما شابهها ، فإنه لما كان الشطر غير الموسيقى هو الأهم فإن لمؤلفه حق الترخيص بالأداء العلنى للمصنف كله أو بنشره أو بعمل نسخ منه .

أما بالنسبة للمصنفات السينمائية أو المعدة للاذاعة اللاسلكية أو التلفزيونية ، فقد خول المشرع حق عرض المصنف للمخرج ولواضع السيناريو ولمؤلف الحوار ولمن قام بتحرير الجزء الأدبى مجتمعين . ويجوز للثلاثة الأول مكنة ممارسة هذا الحق رغم معارضة محرر الجزء الأدبى وواضع الجزء الموسيقى . بل ان القانون منح المنتج دوراً هاماً فيما يتعلق باستغلال الفيلم حيث يعتبر ناشر المصنف السينمائى، وتكون له كافة حقوق الناشر على الشريط وعلى نسخه ، ويعتبر بمثابة نائب عن المؤلفين المشتركين فى المصنف ، فيما يتعلق باستغلاله(١) .

---

(١) م ٢٩ ، ٣٤ .

الحق فى استغلال المصنف الأدبى أو الفنى أو العلمى المبتكر ، وإن كان مقرراً أصلاً للمؤلف وحده بالمادتين الخامسة والسادسة من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف ، إلا أن المشرع فى الفصل الثانى من الباب الثانى لهذا القانون عرض لبعض المصنفات التى يتعذر تطبيق بعض القواعد العامة بشأنها فوضع لها أحكاماً خاصة ضمنها المواد من ٢٥ الى ٣٦ منه ، وهذه المصنفات هى المصنفات المشتركة والمصنفات الجماعية والمصنفات التى تُنشر غفلاً أسماء مؤلفيها أو بأسماء مستعارة والمصنفات الموسيقية السينمائية والصور . وقد أفرد المشرع للمصنفات السينمائية ، لما لها من طبيعة خاصة ، نصوص المواد من ٣١ الى ٤٣ . وهدف المشرع من نص المادة ٣٤ مرتبطاً بالمادتين ٥ ، ٦ المتقدم ذكرهما وبنصوص القانون الأخرى وبمذكرته الايضاحية التوفيق بين مصلحة المؤلفين الذين يشتركون فى المصنف السينمائى ومصلحة المنتج باعتبار أنه هو المنشىء الحقيقى =

(ب) المصنف الجماعى :

هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه

= للمصنف، ولتحقيق هذا الهدف رأى المشرع من ناحية منع تدخل المؤلفين فى المسائل المالية الخاصة بالشريط لما قد يترتب على تدخلهم من خسارة ومن ناحية أخرى حفظ المشرع للمؤلفين حقوقهم الأدبية التى تتصل بنتاجهم الفكرى وحال دون تحكم المنتجين فيهم بما قد يؤدى الى تشويه مجهودهم . ولما كان المنتج هو الذى يحمل عبء المصنف السينمائى ومسئوليته من الناحية المالية فقد نقل اليه المشرع بالمادة ٣٤ سالفة الذكر حق الاستغلال المقرر أصلاً للمؤلف الذى ينفرد بوضع مصنفه ، وأناب المشرع المنتج عن جميع مؤلفى المصنف السينمائى الوارد بيانهم بالمادة ٣١ من ذات القانون وهم: مؤلف السيناريو ومؤلف الحوار ومن قام بتحرير المصنف الأدبى وواضع الموسيقى والمخرج ، كما أنابه عن خلفهم وذلك فى الاتفاق على عرض الشريط واستغلاله طوال مدته المتفق عليها . وإذ أحل المشرع المنتج محل مؤلفى المصنف السينمائى جميعاً بما فيهم واضع موسيقاه الذى وضعها خصيصاً له فأصبحت مندمجة فيه لينوب عنهم فى ممارسة حق الاستغلال بمضمونه الذى كان مقرراً لهم أصلاً بموجب المادة السادسة من القانون المشار اليه ، وكان من المقرر طبقاً لصريح نص المادة السادسة المذكورة أن حق الاستغلال يتضمن عرض المصنف على الجمهور عرضاً مباشراً بكافة وسائله. فإن مؤدى ذلك بصدد المصنفات السينمائية أن تنتقل الى المنتج هذه الصورة من الاستغلال فيعتبر المنتج نائباً عن المؤلفين فى استغلال المصنف السينمائى وعرضه بطريق الأداء لعلنى ، وتنصرف نيابته الى مؤلف الموسيقى التى وضعت خصيصاً للمصنفالسينمائى واندمجت فيه . ولا يغيّر من هذا النظر التحفظ الوارد بالفقرة الأخيرة فى المادة ٣٤ الذى نص فيه على أن حق المنتج فى استغلال الشريط باعتباره نائباً عن مؤلفى المصنف يكون ، «دون اخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية والموسيقية المقتبسة» . ذلك أن هذا التحفظ وقد تعلق بمؤلفى المصنفات المقتبسة فهم وحدهم الذين لهم حق التمسك به وبعدم تعدى نيابة المنتج اليهم . وإذ لم يشترك هؤلاء فى المصنف السينمائى بالمعنى الذى قصده المشرع فى المادة ٣١ التى تضمنت اعتبار مؤلف الموسيقى الذى يقوم بوضعها خصيصاً للمصنف السينمائى مشتركاً فيه – فإن مفاد ذلك أن يبقى حكم المادة ٣٤ قائماً باعتبار المنتج نائباً عن مؤلف الموسيقى التى وضعت خصيصاً للمصنف واندمجت فيه فى عرض الشريط واستغلاله .

(نقض ١٩٦٦/١١/٨ س١٧ ص١٦٣٨).

شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى أو الاعتبارى ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة .

يتضح من ذلك التعريف أن المصنف الجماعى يقوم على عناصر ثلاثة :

الأول : اشتراك مجموعة من الأفراد فى وضع المصنف.

الثانى : أن يتم وضع المصنف بتوجيه من شخص طبيعى أو معنوى ، ويتم العمل تحت إدارته واشرافه ، وهو الذى يتكفل بتمويله ويتولى نشره .

الثالث : تندمج جهود المشتركين فى المصنف على نحو يصعب معه تمييز نصيب كل منهم وقدر اسهامه بالنسبة للآخرين ، حيث تتضافر تلك الجهود المشتركة لتصب فى بوتقة واحدة هى تحقيق الهدف العام الذى يرمى اليه الشخص المعنوى أو الطبيعى صاحب المصنف .

ومن أمثلة المصنف الجماعى تكليف الدولة مجموعة من الباحثين والكتاب بوضع كتاب فى علم أو فن معيّن أو فى قضية قومية أو مسألة من المسائل التى تشغل الرأى العام . ويتم نشر المصنف باسم الدولة وعلى نفقتها . ومثال ذلك أيضاً الموسوعات والمجموعات العلمية التى تتولى وزارة الثقافة أو التعليم الاشراف على اعدادها واخراجها عن طريق مجموعة من المتخصصين . ونفس الشيء فى حالة ما إذا عهدت شركة سينمائية الى مجموعة من الفنانين بعمل مصنف سينمائى تتولى عرضه .

ويقضى المنطق القانونى بوجوب الاعتراف بصفة المؤلف

صاحب الحق الذهنى للأفراد الذى اشتركوا فى وضع المصنف الجماعى لأنه من خلقهم وابتكارهم ، ولا يعقل نسب المصنف الى الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى لم يقدم أية مساهمة فكرية فيه . وإذا كان من المتصور نزول المؤلف الحقيقى صاحب الابتكار عن سلطته المالية فى احتكار استغلال مصنفه ، فإنه لا يتصور نزوله عن سلطاته المعنوية وأبوته للمصنف نظراً لاتصالها الوثيق بشخصيته وخروجها بالتالى عن دائرة التعامل .

ولكن المشرع خالف هذا المنطق واعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ابتكار المصنف الجماعى وتولى تنظيمه هو المؤلف له ويتمتع وحده بالحق فى مباشرة حقوق المؤلف(١) ، وتجاهل بذلك أصحاب الحق الذهنى الحقيقيين الذين اشتركوا فعلاً فى وضع المصنف والذى يعتبر من خلقهم وابتكارهم . ولعل الاعتبارات العملية هى التى دفعت المشرع الى اتخاذ ذلك الموقف . ولكننا لا نرى فى تلك الاعتبارات مبرراً لمخالفة الأوضاع القانونية السليمة . وكان من السهل الوصول الى تلك الغاية فى اطار المنطق القانونى على نحو يكفل تحقيق الغاية من المصنف الجماعى .

المطلب الثانى

المصنف

يُقصد بالمصنف كل انتاج ذهنى أياً كانت طريقة التعبير عنه ، يستوى أن يتم ذلك بالكتابة ، أو الصوت أو الرسم أو

---

(١) م ٢٧.

التصوير أو الحركات أو بغير ذلك من الوسائل . المهم أن يخرج الانتاج الى حيّزالوجود ، وليس بالضرورة أن يُنشر على الملأ فى كتاب مثلاً ، بل يكفى أن يتجسم وينفصل عن ذهن صاحبه .

وقد ذكر المشرع فى المادة الثانية بعض الأمثلة للمصنفات التى تشملها الحماية وتتمثل فى :

- المصنفات المكتوبة .

- المصنفات الداخلة فى فنون الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الحفر والنحت والخزف والعمارة .

- المصنفات التى تُلقى شفوياً كالمحاضرات والخطب والمواعظ وما يماثلها .

- المصنفات التمثيلية والتمثيليات الموسيقية .

- المصنفات الموسيقية ، سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها .

- المصنفات التصوير المرئية والمصنفات السينمائية وما يماثلها فى مصنفات يصدر بتحديدها قرار من وزير الثقافة .

- الخرائط الجغرافية والمخطوطات (الرسوم الكروكية) .

-المصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا ، أو الطبوغرافيا ، أو العلوم.

- المصنفات التى تؤدى بحركات أو خطوات وتكون معدة مادياً للاخراج .

- المصنفات المتعلقة بالفنون التطبيقية .

- المصنفات السمعية والسمعية البصرية التى تعد خصيصاً لتذاع بواسطة الاذاعة السلكية أو اللاسلكية ، أو

التلفزيون ، أو أجهزة عرض الأشرطة ، أو أية وسيلة تقنية أخرى .

- مصنفات الحاسب الآلى فى برامج وقواعد بيانات وما يماثلها من مصنفات تحدد بقرار من وزير الثقافة .

وتشمل الحماية ، مؤلفى المصنفات التى يكون التعبير عنها بالكتابة ، أو الصوت أو الرسم ، أو الحركة أو التصوير . كما تشمل كذلك عنوان المصنف إذا كان متميزاً بطابع ابتكارى ، ولم يكن لفظياً جارياً للدلالة على موضوع المصنف.

وتعتبر هذه المصنفات من المصنفات الأدبية(١) .

ولا شك أننا أمام مجرد أمثلة ، حيث أورد القانون تلك المصنفات على سبيل التمثيل لا الحصر ، فكل مصنف يتميّز بالابتكار ، أياً كانت طريقة التعبير عنه ، يتضمنه الاصطلاح وتشمله الحماية . ولا عبرة بأهمية المصنف أو مضمونه ، ولا يهم الغرض المقصود منه ، حيث يمكن أن يكون الغرض علمياً أو ثقافياً أو دينياً أو أدبياً . ولا تقتصر الحماية على مضمون المصنف أو محتواه بل تمتد لتشمل عنوانه طالما اتسم بالطابع الابتكارى وليس مجرد لفظ جارى يُستعمل للدلالة على عناوين الكتب التى تعالج نفس الموضوعات .

المطلب الثالث

صفة الابتكار أو الجدة

تقتصر الحماية القانونية على المصنفات المبتكرة ، فمناط ثبوت حق المؤلف أن يتضمن المصنف قدراً من الابتكار .

---

(١) اضيفت هذه العبارة بالمادة الأولى من القانون ٤٩ لسنة ١٩٩٤ المنشور بالجريدة الرسمية العدد ١٦ تابع فى ١٩٩٤/٤/٢١ ويُعمل به اعتباراً من اليوم التالى لتاريخ نشره.

فالابتكار هو الذى يُنشىء للشخص حقاً يستحق الحماية . ويُقصد بالابتكار أن يتميّز المصنف بطابع أصيل إما فى الانشاء أو فى التعبير ، أى يتسم الانتاج الذهنى بطابع معيّن يبرز شخصية صاحبه سواء فى مضمون وجوهر الفكرة ، أو فى مجرد الطريقة التى اتبعها لعرض هذه الفكرة .

ولا يقصد بالابتكار اختراع أفكار وأراء وطرق جديدة ، وانما يكفى وجود أى مجهود ذهنى تبرز فيه شخصية المؤلف. فالأفكار والآراء كثيراً ما تكون معروفة ومتداولة بين الناس ، إلا أن الشخص تناولها بطريقة مبتكرة تبدو فيها معالم شخصيته سواء فى جوهر الفكرة أو مجرد طريقة العرض أو الأسلوب أو التعبير أو الترتيب أو التبويب . ولا عبرة بأهمية المصنف أو الغرض منه (١).

ويتوافر عنصر الابتكار فى الترجمة ، حيث يتمتع بالحماية من يقوم بترجمة المصنف الى لغة أخرى ، فلا يقتصر دور المترجم على الترجمة الحرفية بل يقوم باختيار

---

(١) إذا انطوت طريقة أداء تلاوة القرآن الكريم على شىء من الابتكار بحيث يستبين أن مبتكرها قد خلع عليها من شخصيته ومن ملكاته وحواسه وقدراته ما يميزها عن غيرها فإنها تكون مصنفاً فنياً مما عنته المادة الثانية من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن قانون حماية حق المؤلف مما يترتب عليه تمتع صاحبها باعفاء ٢٥ ٪ من الأرباح الصافية الناتجة عن الاشتغال به عند ربط ضريبة أرباح المهن غير التجارية عليه طبقاً للمادة الأولى من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٧٤ قبل الغائه بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون عليه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على أن قارئ القرآن الكريم ليسوا من المشتغلين بالمصنفات الفنية الوارد ذكرهم على سبيل الحصر فى القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون ٣٦ لسنة ١٩٧٤ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه مما حجبه عن مواجهة دفاع الطاعن من أن له طريقة مبتكرة ومميزة فى أداء تلاوة القرآن الكريم بما يعتبر معه من المشتغلين بالمصنفات التى مظهر التعبير عنها الصوت بما يوجب نقضه .
(الطعن ١٤٦٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩٢/١/٦) .

الألفاظ المناسبة والتصرف فى التعبير على النحو الذى يُبرز المعنى الأصلى ويجعل المصنف محتفظاً بقوته وكيانه الذى كان عليه فى لغته الأصلية . فالابتكار يوجد هنا فى التعبير والاخراج .

ويتمتع بالحماية كذلك من يقوم بتحويل المصنف من لون من ألوان الآداب أو الفنون أو العلوم الى لون آخر ، أو من يقوم بتلخيصه أو بتحويره أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأية صورة تُظهره فى شكل جديد ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلى .

وتمتد الحماية القانونية أيضاً لتشمل ما يقوم به الأفراد من تجميع معيّن لمختارات من الشعر أو النثر أو الموسيقى أو الأحكام القضائية أوالقوانين واللوائح ، بشرط أن ينطوى ذلك العمل على مجهود يبرز شخصية مؤلفه سواء فى المضمون أو طريقة الترتيب والتبويب أو بعمل تمهيد لها وتعليق عليها . أما إذا اقتصر دور الشخص على مجرد العمل المادى الآلى فإن الابتكار لا يوجد ولا يتمتع المصنف بالحماية .

أورد المشرع على هذا الأصل العام عدة تحفظات بصدد بعض المصنفات :

١- **الوثائق الرسمية** : لا تشمل الحماية مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية، ذلك ان الغرض الذى من أجله صدرت هذه الوثائق يستوجب أن تكون حقاً شائعاً للجميع ، فلا يستأثر بها فرد دون آخر ، بل يجب أن تؤول بمجرد نشرها الى الملك العام للناس جميعاً. أضف الى ذلك ان هذه الوثائق تقتصر غالباً على مجرد التجميع المادى لما تحتويه من مواد.

أما إذا قام أحد الأشخاص بتناول هذه الوثائق والنصوص

بشكل تبرز معه شخصيته وذلك من عرض أو تبويب أو تلخيص ينطوى على جهد ابتكارى ، فإنها تصبح فى هذه الحالة مصنفاً جديراً بالحماية . ويبدو ذلك جلياً فى حالة قيام المؤلف باستخراج القواعد والمبادئ من تلك الوثائق أو بشرحها والتعليق عليها .

٢- **المقالات والأخبار الصحفية :** لا يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنقل المقالات الصحفية أو الأدبية أو الفينة وكذلك الروايات وغيرها ، إلا بموافقة مؤلفيها . ولكن يجوز نشر خلاصات لتلك المصنفات دون إذن مؤلفيها .

ولا تشمل الحماية القانونية الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التى لها طابع الأخبار العادية .

أما إذا تعلق الأمر بمقالات صحفية تتصل بمناقشات فى أمور عامة تستحوذ على الرأى العام خلال فترة معيّنة ، سواء كانت هذه الأمور سياسيةً أو اقتصادية أو علمية أو أدبية أو دينية ، فإنه يجوز للصحف الأخرى أو النشرات الدورية أن تنقلها مادام لم يرد فى الصحيفة المنقول عنها ما يحظر هذا النقل صراحة .

وينبغى ملاحظة أنه فى جميع الحالات التى يجوز فيها النقل يجب ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع على مؤلفه .

٣- **المصنفات الشفوية :** الأصل هو شمول الحماية القانونية للمصنفات الشفوية ، كالخطب والمحاضرات والمواعظ . ولكن يرد على هذا الأصل استثناء فيما يتعلق بالخطب والمحاضرات والأحاديث التى تُلقى فى الجلسات العلنية للهيئات والاجتماعات العامة وتكون موجهة الى الكافة، وكذلك المرافعات القضائية العلنية ، حيث يجوز أن تنشر أو

تذاع دون إذن صاحبها بشرط أن يكون ذلك على سبيل الإخبار(١).

المبحث الثانى

طبيعة ومضمون الحق الذهني

نعرض لطبيعة حق المؤلف ثم نبيّن الحق الأدبى للمؤلف ، والحق المالى للمؤلف .

المطلب الأول

طبيعة حق المؤلف

أثار تحديد الطبيعة القانونية لحق المؤلف جدلاً كثيراً فى محيط الفقه والقضاء ، ولعل السبب وراء ذلك يكمن فى الحداثة النسبية لهذا الحق وطبيعته الخاصة بالاضافة الى تنوع العناصر التى يتكوّن منها .

ذهب الفقه والقضاء فى البداية الى اعتبار حق المؤلف حقاً عينياً ، فهو نوع من الملكية لأنه يخوّل صاحبه سلطات معيّنة على شىء معنوى يتمثل فى الانتاج الذهنى أو الفكرى ، لهذا أُطلق عليه الملكية الأدبية أو الفنية . وينحصر الخلاف بين الملكية العادية والملكية الأدبية فى طبيعة الشىء الذى تنصب عليه السلطة فى كل منهما . فالملكية العادية ترد على أشياء مادية بينما ترد الملكية الأدبية أو الفنية على أشياء غير مادية .

تعرّض الاتجاه السابق لكثير من الانتقادات أهمها :

---

(١) م ١٤ ، ١٥.

١- أن اعتبار الحقوق العينى من قبيل الملكية يؤدى الى تشويه فكرة الملكية ويخرجها عن مدلولها الفنى التقليدى كحق يرد على الأشياء المادية وحدها .

٢- يختلف الحق العينى اختلافاً جوهرياً عن حق المؤلف ويتضح ذلك بجلاء فيما يلى :

- يكمن جوهر الملكية فى فكرة الاستئثار الحاجز للمالك، إذ يقتصر حق الملكية على صاحبه فيكون له سلطة الاستعمال الفردى للشىء الذى يملكه ، بينما لا يقتصر الحق الذهنى على صاحبه حيث لا يمكن استعمال هذا الحق إلا عن طريق وضع الانتاج الفكرى تحت تصرف الكافة ليتداوله الناس فيما بينهم .

- ونظراً لأن حق الملكية يرد على الأشياء المادية فإنه يتسم بالدوام والتأبيد ، بينما حق المؤلف فى احتكار استغلال انتاجه الفكرى موقوت دائماً بزمن يحدده القانون .

٣- تختلف أوجه حماية الحق الذهنى من حيث الدعاوى التى تعطى لصاحبه عن تلك التى تعطى للمالك .

٤- يتضمن الحق الذهنى جانباً أدبياً غير مالى يتصل اتصالاً وثيقاً بشخص صاحبه مما ينعكس أثره انعكاساً ظاهراً على الجانب المادى فى الحق المتمثل فى سلطة المؤلف فى استغلال انتاجه مالياً ، فيجوز له استناداً الى الجانب المعنوى سحب مصنفه من التداول أو منع اعادة نشره مرة أخرى ، كل ذلك خلافاً لحق الملكية الذى ينبغى استعماله على النحو المتفق مع وظيفته الاجتماعية .

لذلك ذهب الاتجاه الغالب الى أن حق المؤلف ليس حق ملكية بل هو حق من نوع خاص له طبيعة مزدوجة وينطوى

على جانبين : جانب معنوى أو أدبى ، وجانب مادى أو مالى . يعبّر الجانب المعنوى عن أبوة المؤلف لخلقه ونتاجه الفكرى ، ويعبرّ الجانب المالى عن أحقية المؤلف فى احتكار استغلال هذا الانتاج استغلالاً مالياً .

يتضح من ذلك أن حق المؤلف له وجهان ، أحدهما أدبى والآخر مالى . ويمكن النظر الى هذا الحق على أنه حق أدبى وحق مالى . فالحق الأدبى يخوّل صاحبه مزايا أدبية تقتضى تمكينه من حماية مصنفه باعتباره خلقاً ذهنياً لصيقاً بشخصيته ، فتكون له أبوته والهيمنة عليه . أما الحق المالى فيخوّل صاحبه مزايا مالية تتيح له الاستئثار بثمرة جهده ، فيكون له وحده احتكار استغلال مصنفه مالياً .

المطلب الثانى

الحق الأدبى للمؤلف

نعرض لمضمون الحق الأدبى للمؤلف ثم نبيّن خصائصه.

الفرع الأول

مضمون الحق الأدبى للمؤلف

ان الحق الأدبى هو الجانب الجوهرى فى حق المؤلف ، ويعبّر الحق الأدبى عن الأبوة المعنوية للمؤلف على عمله الفكرى ، فهو يبرز الصلة الوثيقة بين الانتاج الذهنى وبين شخص مبدعه و مبتكره أو بين المصنف وبين مؤلفه ، مما يجعل هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية .

يخوّل الحق الأدبى للمؤلف مجموعة من الميزات

والسلطات على نتاجه الفكرى باعتباره نابعاً منه ويعد انعكاساً لشخصيته . وتشكل هذه الميزات التى تثبت للمؤلف العناصر المكوِّنة لحقه الوارد على انتاجه . ويتمتع المؤلف بالسلطات اللازمة لحماية شخصيته التى يعبِّر عنها نتاجه الذهنى وتؤكد أبوته على مصنفه وتكفل احترامه . وتتمثل تلك السلطات فيما يلى :

(أ) سلطة النشر :

للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره، وفى تعيين طريقة هذا النشر أو نشره على أى شكل يريد ، كما أنه وحده صاحب الحق فى إعادة النشر . يتمتع المؤلف بسلطة تقديرية كاملة فى هذا المجال طبقاً للاعتبارات التى يراها . ولا يجوز للغير نشر المصنف أو اعادة نشره دون إذن المؤلف أو الأشخاص الذين يؤول اليهم هذا الحق.

وينبغى مراعاة أن المؤلف يمكن أن يتنازل مقدماً وقبل تمام مصنفه عن حق استغلاله مالياً الى شخص آخر أو ناشر محدد ، هنا يلتزم بتقديم المصنف للنشر . وإذا امتنع عن تسليمه الى الناشر فإن حقه فى الامتناع يرتب مسئوليته المدنية قبِلَ الناشر ويلتزم بتعويضه عن الأضرار التى تحل به بسبب هذا الامتناع .

وإذا قام المؤلف فعلاً بنشر مصنفه بطريقة معيّنة ، فلا يجوز للغير معاودة نشره بدون إذن المؤلف . ولكن المشرع وضع على هذه القاعدة عدة قيود يمليها الصالح العام ، ذلك لأن « للهيئة الاجتماعية حقاً فى تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى ، فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ، لأن الأجيال الانسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار فى تكوين المؤلفات » .

وانطلاقاً من تلك المصلحة يجوز للغير القيام بتقديم المصنف أو اعادة نشره ، ولو بطريقة مغايرة ، دون إذن المؤلف أو تعويضه ، وذلك فى الحالات الآتية :

١- ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع ايقاعه أو تمثيله أو القائه فى اجتماعٍ عائلى أو فى جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، مادام لا يحصّل فى نظير هذا الأداء رسم أو مقابل مالى[1] .

---

(١) يشترط القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن المادة الحادية عشرة منه لإسباغ صفة الخصوصية على الاجتماعات التى تعقدها الأسر والجمعيات والمنتديات الخاصة والمدارس وبالتالى لاعفائها من دفع أى تعويض للمؤلف عن مصنفاته التى تؤدى فيها بطريق الايقاع والتمثيل أو الالقاء أن لا يحصّل نظير هذا الأداء رسم أو مقابل مالى .

- العبرة فى علانية الأداء المتعلق بايقاع أو تمثيل أو القاء مصنف من المصنفات المشمولة بالحماية ليست بنوع أو صفة المكان المقام فيه الاجتماع أو الحفل الذى يحصل فيه هذا الأداء وانما بالصفات الذاتية لذلك الاجتماع أو الحفل ، فإذا توافرت فيه صفة العمومية كان الأداء علنياً ولو كان المكان الذى انعقد فيه الاجتماع يعتبر خاصاً بطبيعته أو بحسب قانون انشائه . ولا تلازم بين صفة المكان وصفة الاجتماع من حيث الخصوصية والعمومية ، إذ قد يقام حفل عام فى مكان خاص لمناسبة تستدعى السماح للجمهور بحضوره ، كما قد يحصل العكس فيؤجر مكان عام لعقد اجتماع خاص. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مناط الفصل فى علانية وعدم علانية الأداء موضوع المطالبة هو ما إذا كان النادى الذى بوشر فيه الأداء المطالب بمقابل حق المؤلف عنه يعتبر نادياً خاصاً أو عاماً ورتب انتفاء العلانية عن ذلك الأداء على مجرد كون هذا النادى يعتبر نادياً خاصاً طبقاً لقانون انشائه وتنظيمه وخضوعه لأحكام القانون الخاص بالنوادى الخصوصية فإن الحكم يكون قد أخطأ فى القانون .

- لمحكمة النقض أن تتحقق من واقع ما اثبتته محكمة الموضوع فى حكمها من وقائع مما إذا كان الحفل الذى أديت فيه المصنفات المطالب بالتعويض عن حق المؤلف عليها يتصف بصفة العمومية أو الخصوصية لأن ذلك من مسائل التكييف التى تخضع لرقابتها وإذ كان ما سجله الحكم المطعون فيه من أن النادى كان يعلن عن حفلاته بنشرات عديدة فى الصحف اليومية يوجه فيها الدعوى الى مشاهدة هذه الحفلات ويذكر فيها أن الدخول مباح مقابل مبلغ =

٢- لموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق فى ايقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف ، مادام لا يُحصِّل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى .

٣- لا يجوز للمؤلف بعد نشر المصنف حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة إذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الإخبار مادامت تشير الى المصنف واسم المؤلف إذا كان معروفاً (١) .

= يحدده كرسم دخول ، وما يبين من المستندات التى أشار اليها الحكم من أن النادى كان يقيم تلك الحفلات بصفة رتيبة وأن الاعلانات التى كانت تصدر عنها فى الصحف اليومية صريحة فى الدعاية لهذه الحفلات وتضمنت دعوة عامة لمشاهدتها وقد ذكرت فى بعضه أن لرواد الكزينو أن يكملوا سهراتهم فى النادى الليلى وذلك دون تفريق فى الاعلان بين من هم أعضاء منهم فى هذا النادى ومن ليسوا أعضاء ، فإن هذه الوقائع التى سجلها الحكم المطعون فيه تضفى على الحفلات التى كان يقيمها النادى صفة الاستغلال التجارى وتنأى عن وصف الخصوصية إذ يُشترط لاضفاء هذا الوصف على الحفلات التى تحييها الجمعيات والمنتديات الخاصة أن يقتصر الحضور فيها على الأعضاء ومدعوييهم ممن تربطهم بهم صلة وثيقة وأن تفرض رقابة على الدخول وأن تتجرد هذه الحفلات من قصد الكسب المادى مما يقتضى عدم تحصيل رسم أو مقابل نظير مشاهدتها . (نقض ١٩٦٥/٢/٢٥ س١٦ ص٢٢٧).

(١) النص فى المادة ١٣ من قانون حماية حق المؤلف الصادر بالقانون ٣٥٤ على أنه«لا يجوز للمؤلف بعد نشر المصنف حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة إذا قُصد بها النقد أو المناقشة أو الإخبار مادامت تشير الى المصنف واسم المؤلف إذا كان معروفاً » ، وما ورد فى المذكرة الايضاحية لمشروع هذا القانون من أنه«جاء بقيود على حق المؤلف يمليها الصالح العام لأن للهيئة الاجتماعية حقاً فى تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ، ذلك لأن الأجيال الانسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار فى تكوين المؤلفات» - يدل على أن الدراسات التحليلية والاقتباسات القصيرة التى تستهدف النقد أو المناقشة أو الإخبار هى من الأعمال المباحة للكافة ولا تنطوى على اعتداء على حق النشر ومن ثم لا تستلزم موافقة المؤلف أو ورثته على نشرها ، وكان مجرد القيام بها لا يعد اشتراكاً فى الاعتداء على حق النشر ما لم يقم دليل على أن كاتبها قد =

٤- يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبساً أو مختصراً أو بياناً موجزاً من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص بغير إذن من مؤلفيها . ويجب حينئذ ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه .

٥- لا يجوز للمؤلف الذى نشر مصنفه أن يمنع أى شخص من عمل نسخة وحيدة من هذا المصنف لاستعماله الشخصى ، وكذلك المصنفات السمعية أو البصرية إذا تم اذاعتها كاملة بالاذاعة أو عرضها بالتلفزيون .

٦- فى الكتب الدراسية وفى كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون يباح نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التى سبق نشرها ، ونقل ما سبق نشره فى الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية ، بشرط أن يقتصر النقل على ما يلزم لتوضيح المكتوب ، وعلى أن يراعى فى نقل المقتطفات حد الاعتدال . ويجب أن يذكر بوضوح المصادر المنقول عنها وأسماء المؤلفين .

٧- للهيئات الرسمية المنوط بها الاذاعة اللاسلكية الحق فى اذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر ، وعلى مديرى هذه الأمكنة تمكين هذه

= اشترك فى عملية النشر ذاتها - أى فى الاستغلال المادى للمصنف - حسبما عرّفتها به المذكرة الايضاحية المشار اليها - لما كان ذلك ، وكان الثابت من تقريرىّ الخبيرين المقدمين فى الدعوى أن دور الناقد الطاعن اقتصر على مجرد توضيح الملابسات السياسية والاجتماعية التى ظهر فيها الكتاب ، وعلى تقديم دراسة تخدم القارئ العربى لم تخرج عن حدود النقد المتعارف عليه ، وأنه تعاطى من مجلة الطليعة نظير ذلك مبلغ من المال مما مفاده أنه لم يكن هو الناشر ، ولا كان شريكاً فى النشر وانما تقاضى أجر ما قدمه من دراسة تحليلية علمية - مجردة عن عملية النشر ذاتها - وتعد من الأعمال المباحة بالمعنى سالف الذكر . (نقض ٢٢/١١/١٩٨٨ طعن ٢٣٦٢ س٥٧ق).

الهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة . ويجب على هذه الهيئات اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه ولمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف إذا كان لذلك مقتضى (١) .

(ب) سلطة تعيين نسب المصنف :

للمؤلف وحده الحق فى أن ينسب اليه مصنفه على الدوام، فيجوز له نشر المصنف باسمه أو باسم مستعار ، أو بغير اسم على الاطلاق . وفى هاتين الحالتين الأخيرتين يظل للمؤلف الحق فى الكشف عن نسبة المصنف اليه والاعلان عن شخصيته فى أى وقت مهما طال الزمن . ذلك أن أبوة المؤلف للمصنف حق متصل بشخصيته لا يسقط بالنزول عنه أو عدم استعماله مهما طالت المدة على ذلك (٢).

(جـ) سلطة تعديل المصنف :

للمؤلف وحده سلطة ادخال ما يرى من التعديل أو التحوير على مصنفه . فيكون له وحده أن يحذف منه أو يغيّر فيه أو يحوّله من لون من ألوان الأدب أو الفن أو العلم الى لون آخر . وله أن يلخصه أو يشرحه أو يعلق عليه . ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك إلا بإذن كتابى منه أو ممن يخلفه . فالمؤلف وحده صاحب القرار فى اجراء التعديل على مصنفه الذى يمثل شخصيته الفكرية وسمعته الأدبية والعلمية والفنية ، كى يصبح موافقاً للتطور الفكرى وتقدم العلم .

وللمؤلف سلطة الاعتراض ومنع أى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفه ، دون إذن منه ، عند نشره أو عرضه .

---

(١) م ٥ ، ١١ : ١٤ ، ١٧ ، ٣٥.

(٢) م ٩.

فليس للناشر الذى تنازل له المؤلف عن حق استغلال المصنف أن يقوم بأى تعديل أو تحوير فيه دون إذن المؤلف . وللمؤلف الحق فى أن يعترض على أى تعديل أو تحوير فيما يقتبسه الغير من مصنفه .

ويتم تداول المصنف بعنوانه الأصلى أو ترجمته المطابقة له. ولا يجوز تعديل هذا العنوان أو تغييره إلا بموافقة كتابية من المؤلف أو ممن يخلفه (١) .

وللمؤلف وحده الحق فى ترجمة مصنفه الى لغة أخرى ، إلا إذا صدر منه أو ممن يخلفه إذناً كتابياً بالترجمة . وقد أورد المشرع استثناء فى حالة الترجمة ، فقرر أنه إذا حصل الحذف أو التغيير فى ترجمة المصنف ، مع ذكر ذلك ، فلا يكون للمؤلف الحق فى منعه ، إلا إذا أغفل المترجم الاشارة الى مواطن الحذف أو التغيير ، أو ترتب على الترجمة مساس بسمعة المؤلف ومكانته الفنية (٢).

(د) سلطة سحب المصنف من التداول :

للمؤلف الحق فى أن يسحب مصنفه من التداول بعد أن تم نشره ، فقد يرى أن المصنف لم يعد متفقاً مع الأفكار والاتجاهات الحديثة فى المجتمع أو القيم المُسلّمة فيه ، فيسحب من التداول ما قد يكون باقياً من نسخه ، لأنه قد يرى أنه فى استمرار تداوله بين الجمهور ما يسىء الى سمعته الأدبية أو الفنية أو العلمية .

ولكن يلاحظ أنه إذا كان المؤلف قد تصرف فى حق

---

(١) م ٤/٧ مضافة بالقانون ١٩٩٢/٣٨.

(٢) م ٩ .

الاستغلال المالى للمصنف فإنه لا يستطيع سحبه إلا بعد الحصول على حكم بذلك من المحكمة الابتدائية إذا طرأت أسباب خطيرة تبرر هذا السحب وتلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعوض مقدماً من آلت اليه حقوق الاستغلال المالى تعويضاً عادلاً يُدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم (١).

الفرع الثانى

خصائص الحق الأدبى للمؤلف

ان أهم ما يتميّز به الحق الأدبى للمؤلف أنه حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، ولكنه ينتقل الى الورثة فى حدود معيّنة .

(أ) الحق الأدبى من الحقوق اللصيقة بالشخصية :

يُعتبر الحق الأدبى للمؤلف حقاً غير مالى يتصل بشخصية المؤلف ، ولكنه يتميّز عن حقوق الشخصية البحتة فى أنه يُعتبر عنصراً فى الحق الذهنى الذى يرد على المصنف ذاته ، ويترتب على ذلك عدة نتائج :

١- لا يجوز التصرف فى الحق الأدبى للمؤلف لأن طبيعته والهدف منه يجعلانه مما لا يجوز التعامل فيه بنقله أو التنازل عنه . ويقع باطلاً كل تصرف فى أى مُكنة من عناصر هذا الحق ، سواء تعلق الأمر بسلطة النشر أو التعديل أو النسب أو السحب . كما يقع باطلاً تصرف المؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبل . وإذا ما تنازل المؤلف عن حقه

---

(١) م ٤٢ .

المالى فى استغلال المصنف ، فإنه يبقى له دائماً على هذا المصنف حقه الأدبى الذى لا يجوز التنازل عنه .

٢- لا يجوز الحجز على الحق الأدبى لأن السماح بالحجز عليه (١) يؤدى الى البيع الجبرى وما يستتبع ذلك من نشر المصنف رغم ارادة مؤلفه مما يشكل اعتداءاً على حقه .

٣ - لا يسقط الحق الأدبى بالتقادم أو بعدم الاستعمال ، فهو حق مؤبد غير موقوت بمدة معيّنة ، حيث ينشأ بمجرد وجود المصنف ويظل قائماً الى الأبد طوال حياة المؤلف وبعد وفاته طالما كان هناك من له صفة فى تمثيله . ويظل الحق فى نسب المصنف الى المؤلف قائماً على الدوام لا يسقط أبداً بعدم الاستعمال . وإذا نشر المصنف باسم مستعار أو بدون اسم ، كان للمؤلف الحق فى كشف اسمه فى أى وقت ونسبة المصنف اليه وحده مهما طال الزمن .

(ب) انتقال الحق الأدبى الى الورثة :

لا ينقضى الحق الأدبى بوفاة المؤلف ، بل ينتقل الى ورثته بعد وفاته ولكن بشروط وضوابط معيّنة . فمن المقرر أن نسبة المصنف الى المؤلف لا تنتقل الى الورثة بل تظل له وحده والى الأبد . ويقتصر الانتقال على بعض السلطات الأخرى التى تمكن الورثة من حراسة تراث مورثهم الفكرى والمحافظة على سمعته الأدبية والفنية على الوجه الذى ارتضاه المؤلف نفسه قبل وفاته . وتقتضى المصلحة العامة ، من جهة أخرى التقييد من سلطة الورثة فى الامتناع عن نشر ما لم يقم المؤلف بنشره قبل وفاته :

١- للورثة حق المحافظة على نسبة المصنف الى المؤلف ،

---

(١) م ٣٨ ، ١٠.

وعلى بقاء المصنف بحالته التى أرادها دون تعديل أو حذف ، ودفع كل اعتداء على هذا الحق مع المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا التعدى .

٢- للورثة سلطة ادخال ما يرون من تعديل أو تحوير على المصنف .

٣- لا يجوز للورثة سحب المصنف من التداول لأن العبرة بارادة المؤلف التى ارتضت نشر المصنف قبل وفاته وأعربت عن رغبته حينئذ فى أن يبقى مصنفه منشوراً . أما إذا كان المؤلف قد أوصى بسحب مصنفه فى ظرف معيّن تعيّن على الورثة تنفيذ هذه الرغبة .

٤- إذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه انتقل حق تقرير النشر الى الورثة . ولكن ينبغى احترام ارادة المؤلف فيما أوصى به بالنسبة لنشر المصنف أو عدم نشره . فإذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر أخر وجب تنفيذ ما أوصى به .

ولكن سلطة الورثة بالنسبة لنشر المصنف مقيّدة كذلك بما يمليه الصالح العام ، فإذا أحجم الورثة أو الخلف عن نشر المصنف لأى سبب ، أو لم يكن هناك وارث أو خلف للمؤلف ، كان لوزير الثقافة أن يحل محل هؤلاء فى مباشرة النشر . يطلب الوزير الى الخلف نشر المصنف وذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . فإذا انقضت ستة أشهر من تاريخ الطلب ولم يباشروا النشر ، فللوزير مباشرة النشر والحقوق الأدبية والمالية التى نص عليها القانون ، وذلك بعد استصدار أمر بذلك من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ، ويعوض خلف المؤلف فى هذه الحالة تعويضاً عادلاً (١).

---

(١) م ١٩ ، ٢٣ .

المطلب الثالث

الحق المالى للمؤلف

نعرض لمضمون الحق المالى للمؤلف ، ثم نبيّن خصائصه.

الفرع الأول

مضمون الحق المالى للمؤلف

للمؤلف وحده حق استغلال مصنفه ماليا بأية طريقة من طرق الاستغلال . ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن كتابى سابق منه أو ممن يخلفه . فللمؤلف حق نشر مصنفه ونسخه واختيار الوسيلة التى يراها لنقله الى الجمهور . وله حق ترجمته أو التصريح للغير بنقله الى لغة أخرى . وللمؤلف الحق فى ابراز المصنف فى اطار جديد كتعديله أو تحويره من أى لون من ألوان الأدب أو الفن الى لون آخر ، كما لو جعل المؤلف القصة الأدبية موضوعاً لفيلم سينمائى أو مسرحية .

وقد يتولى المؤلف استغلال مصنفه بنفسه ، أو عن طريق الغير الذى ينزل له المؤلف عن حقه فى الاستغلال[1] . ولكن

---

(١) ان حق استغلال الكتاب ماليا – وهو حق مادى – يجوز للمؤلف أن ينقله الى الغير . نقض ١٢/٥/١٩٦٦ س ١٧ ص ١١١٤ .

للمؤلف وحده وفقاً لأحكام القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن حماية حق المؤلف – الحق فى أن ينسب اليه مصنفه ، وله حق استغلاله ماليا ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه . وله أن ينزل عن حق الاستغلال هذا بما يشمله مضمونه من الحق فى النشر وفى الاشتقاق من المصنف الأصلى (الطعن ١٥٦٨ لسنة ٥٤ق جلسة ٣/١١/١٩٨٨) .

هذا التنازل مقيّد بحدوده ، فلا يجوز للمتنازل له اجراء أى تغيير على المصنف دون رضاء المؤلف . ويجوز للمؤلف أو ورثته استصدار حكم قضائى بسجب تنازلهم عن حقوقهم ، إذا برهنوا على أن المتنازل له غيّر أو بدّل أو نقل بطريقة مضرة بسمعة المؤلف المصنف الذى تم الترخيص بنشره أو ترجمته أو تمثيله أو عزفه أو تصويره ، هذا فضلاً عن امكان المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى حلّت بهم بسبب التحوير أو التعديل .

ويثبت حق المؤلف فى استغلال مصنفه سواء تم نشره بطريق الأداء العلنى أو عن طريق عمل نماذج ، وذلك أياً كانت الوسيلة التى اتخذت فى هذا الطريق أو ذاك . والواقع أن وسيلة نقل المصنف الى الجمهور إما أن تكون مباشرة وإما أن تكون غير مباشرة :

– يتم نقل المصنف الى الجمهورى مباشرة بأية صورة وخاصة بإحدى الصور الآتية :

التلاوة العلنية ، أو التوقيع الموسيقى ، أو التمثيل المسرحى ، أو العرض العلنى ، أو الاذاعة اللاسلكية للكلام أو للصوت أو للصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما ، أو نقل الاذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت ، أو بواسطة لوحة التلفزيون بعد وضعهما فى مكان عام .

– يتم نقل المصنف الى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صورة منه تكون فى متناول الجمهور (النشر بعمل نماذج) ، ويتم ذلك بطريق الطباعة ، أو الرسم أو الحفر ، أو التصوير ، أو الصب فى قوالب ، أو التسجيل ، أو النسخ ، أو التثبيت على اسطوانات ، أو أشرطة مسموعة أو مرئية ، أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة ، أو

عن طريق النشر الفوتوغرافى أو السينمائى(١) .

الفرع الثانى

خصائص الحق المالى للمؤلف

يتميّز الحق المالى للمؤلف بعدة خصائص تتمثل فى :

(أ) الحق المالى قابل للتصرف فيه :

يجوز للمؤلف التنازل عن حق الاستغلال المالى للمصنف للغير ، حيث يمكنه التصرف فيه بنقله الى شخص أخر ، شأنه فى ذلك شأن جميع الحقوق المالية . وهذا التصرف قد يرد على الحق بأكمله أو على جزء منه ، كما لو كان قاصراً على بعض طرق الاستغلال أو موقوتاً بمدة معيّنة أو محدوداً بمكان معيّن . وقد يكون هذا التصرف حال الحياة أو بعد الوفاة عن طريق الوصية . كما أنه قد يكون معاوضة أو تبرعاً . وإذا كان معاوضة فقد يكون العوض فيه مبلغاً جزافياً أو نسبة معيّنة من الايراد (٢).

ولكن التصرف فى الحق المالى للمؤلف مقيّد بعدة ضوابط تتمثل فى :

---

(١) م ٦ ، ٧.

(٢) حق استغلال المصنف مالياً هو للمؤلف وحده ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه ، وللمؤلف وحده أن ينقل الى الغير الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها وأن يحدد فى هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه منه من هذه الحقوق . ومقتضى ذلك أن المؤلف حر فى أن يجيز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه عمن يشاء وفى أن يسكت على الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص ، ولا يسكت عليه إذا تكرر من نفس المعتدى أو وقع من غيره وذلك دون أن يعتبر سكوته فى المرة الأولى مانعاً له من مباشرة حقه فى دفع الاعتداء فى المرة الثانية مادام هذا الحق قائماً ولما ينقض . (نقض ١٩٦٤/٧/٧ س١٥ ق ١٤١ ص٩٢٠) .

١- يجوز التصرف فى مصنف لم يتم استكماله بعد ، إلا أنه لا يجوز للمؤلف أن يتصرف فى مجموع انتاجه الفكرى فى المستقبل ، حيث يقرر القانون بطلان مثل هذا التصرف .

٢- لا يترتب على التصرف فى النسخة الأصلية من المصنف أياً كان نوعه ، نقل حق المؤلف ، فلا يعنى تصرف المؤلف فى نسخة من نسخ المصنف إلا التصرف فى هذه النسخة فقط ، لا فى الاستغلال المالى لحقه ، حتى ولو تعلق الأمر بالنسخة الأصلية الوحيدة من المصنف كالمخطوط مثلاً، فلا يجوز لمن اشترى نسخة أن يعيد نشر المصنف أو استغلاله على أساس شرائه لهذه النسخة . ولكن لا يجوز إلزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يُمكّن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، ما لم يُتفق على غير ذلك .

٣- يُشترط لقيام التصرف فى الحق المالى أن يكون مكتوباً وأن يُحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محل التصرف ، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه.والكتابة هنا لازمة لانعقاد التصرف وليس مجرد اثباته، فإذا لم يبرم التصرف كتابة اعتبر كأن لم يكن .

٤- يحتفظ المؤلف بالحق الأدبى رغم تصرفه فى الحق المالى ، إلا أن هذا التصرف يؤدى بالضرورة الى الحد من بعض السلطات التى يخوّلها الحق الأدبى للمؤلف ، فهو لا يستطيع سحب مصنفه من التداول أو إحداث تعديل فيه بغير رضاء الناشر الذى تم التنازل له عن الحق المالى ، ما لم تكن هناك أسباب خطيرة تقدرها المحكمة وبعد تعويض المتصرف اليه تعويضاً عادلاً .

٥- إذا تم التصرف فى الحق المالى فإنه لا يجوز للمؤلف القيام بأى عمل يكون من شأنه تعطيل استعمال الحق

المتصرف فيه ، فليس له أن يعيد التصرف فى حقه لشخص آخر على نحو يتعارض مع التصرف السابق (١).

(ب) عدم قابلية الحق المالى للحجز :

لا يجوز الحجز على حق المؤلف حال حياته لأن الحجز عليه لا يكون مجدياً لأن الاستغلال لا يتحقق إلا بنشر المصنف على الجمهور ، ومن المقرر أن سلطة تقرير النشر تثبت للمؤلف وحده باعتبارها إحدى عناصر الحق الأدبى ، فلا تقبل الانتقال الى الغير . وبناء عليه لا يجدى دائنى المؤلف توقيع الحجز على حق الاستغلال ، لأن من يرسو عليه المزاد لن يتمكن من استغلال المصنف إلا إذا قرر المؤلف نشره .

أما إذا قام المؤلف بنشر المصنف فإنه يجوز الحجز على النسخ الموجودة منه، فالحجز لا يرد هنا على حق الاستغلال، بل يرد على أشياء مادية ذات قيمة مالية هى النسخ التى تم نشر المصنف من خلالها . ويجوز للدائن أن يحجز على ثمن النسخ تحت يد الغير كالناشر أو المطبعة .

وإذا مات المؤلف قبل نشر مصنفه فلا يجوز الحجز على حق الاستغلال المالى إلا إذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف أراد النشر قبل وفاته . أى لا بد لتوقيع الحجز من تقديم الدليل القطعى على رغبة المؤلف فى نشر مصنفه (٢).

(جـ) انتقال الحق المالى الى الورثة :

ينتقل الحق المالى بعد وفاة المؤلف الى ورثته طبقاً للقواعد التى ينتقل بها أى مال آخر من أموال تركته .

---

(١) م ٣٧ ، ٣٩ ، ٤١ .

(٢) م ١٠ .

ويمكن أن ينتقل الحق المالى كذلك بالوصية ، حيث يجوز للمؤلف أن يوصى بحق الاستغلال المالى لأشخاص معيّنين بالذات من الورثة أو غيرهم ، ولو جاوز القدر الذى تجوز فيه الوصية . وعلى ذلك يجوز للمؤلق أن يوصى بحق الاستغلال المالى لمن يشاء ولو كانت قيمة هذا الحق تزيد على ثلث التركة.

وإذا كان المصنف مشتركاً ، ومات أحد المؤلفين المشتركين فى تأليفه دون أن يكون له خلف من وارث أو موصى له ، فإن نصيبه يؤول الى المشتركين الآخرين أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (١).

(د) توقيت الحق المالى :

الحق المالى للمؤلف حق مؤقت بطبيعته ، فهو ، بخلاف الحق الأدبى ، موقوت بمدة معينة ، ينقضى بفواتها ، وبمرور هذه المدة يدخل المصنف فى الملك العام لأنه معد للجمهور وتقضى المصلحة العامة بأن يصبح جزءاً من الثروة الفكرية فى الجماعة على مر الأجيال . وتوقيت حق الاستغلال المالى بمدة معيّنة من المسائل التى أجمعت عليها تشريعات الدول المختلفة وتبنتها المعاهدات الدولية ، وحددت هذه المدة بخمسين سنة من وقت وفاة المؤلف ، ومن ثم تنقضى حقوق الاستغلال المالى بمرور هذه المدة ، ويستطيع أى شخص بعد ذلك أن يقوم بنشر المصنف دون حاجة الى إذن بذلك من الورثة أو أن يدفع أى تعويض لهم .

ولكن هذه القاعدة العامة ترد عليها عدة تحفظات (٢) :

١- إذا كان المصنف مشتركاً فإن مدة الخمسين عاماً

---

(١) م ١٨.

(٢) م ٨، ٢٠، ٢١ ، ٢٢ ، ٣٤.

تحسب من وتاريخ وفاة آخر من بقى حياً من المشتركين فى تأليفه .

٢- إذا كان المصنف مملوكاً لشخص معنوى عام أو خاص (المصنف الجماعى) فإن مدة الخمسين عاماً تحتسب من تاريخ النشر .

٣- إذا تم نشر المصنف بدون اسم المؤلف أو باسم مستعار فإن المدة المذكورة تسرى من تاريخ النشر . أما إذا كشف المؤلف عن شخصيته قبل انتهاء هذه المدة فإن مدة الحماية تسرى طبقاً للقاعدة العامة ، من تاريخ وفاته .

٤- فى حالة المصنفات الأجنبية ، يسقط حق المؤلف فى استغلالها عن طريق ترجمتها الى اللغة العربية بمضى خمس سنوات من تاريخ نشر المصنف دون أن يقوم هو بالترجمة أو يأذن للغير بذلك . وقد روعى فى هذا التوقيت تغليب الصالح العام المصرى على المصلحة الفردية للمؤلف ، حتى يمكن حثه على مباشرة هذه الترجمة فى أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كى لا تحرم من ثمار التفكير الانسانى فى مختلف الأمم الأخرى لمدة طويلة .

٥- بالنسبة لمصنفات التصوير المرئية والمصنفات السمعية البصرية التى ليس لها طابع انشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلاً آلياً ، فتنقضى حقوق الاستغلال المالى فى هذه الحالة بمضى خمسة عشرعاماً ، تبدأ من تاريخ أول نشر للمصنف .

٦- تكون مدة الحماية لمصنفات الحاسب الآلى عشرين عاماً ، تبدأ من تاريخ ايداعه ، وفقاً لأحكام هذا القانون (١) .

---

(١) تم حذف هذه العبارة بالمادة الثانية للقانون ١٩٩٤/٢٩ ، لتتفق مع أحكام =

وفى جميع الأحوال التى تحسب مدة الحماية فيها من تاريخ النشر تكون العبرة بتاريخ أول نشر للمصنف بغض النظر عن اعادة النشر . أما إذا تضمنت هذه الاعادة تعديلات جوهرية تجعل المصنف جديداً ، هنا تحسب المدة من تاريخ اعادة النشر . وإذا كان المصنف مكوناً من عدة أجزاء أو مجلات نشرت منفصلة فى أوقات مختلفة ، اعتبر كل منها مصنفاً مستقلاً من حيث احتساب المدة .

المبحث الثالث

الرقابة على المصنفات وحماية حق المؤلف

المطلب الأول

الرقابة على المصنفات

تحقيقاً للرقابة على المصنفات أوجب المشرع ايداع نسخ منها ، واستلزم الحصول على ترخيص بالنسبة للبعض منها .

(أ) ايداع نسخ من المصنفات :

يلتزم مؤلفو وناشرو وطابعو ومنتجو المصنفات الخاصعة لأحكام هذا القانون بالتضامن فيما بينهم بايداع نسخ من مصنفاتهم ، وينظم وزير الثقافة بقرار منه الشروط والأوضاع والاجراءات التى تحدد أحكام الايداع وعدد النسخ أو نظائرها البديلة وطرق حفظها وتأمينها وفقاً لطبيعة كل مصنف ، ولوزير الثقافة أن يقرر وجوب ايداع نسخة أو أكثر من بعض

= اتفاقية الجات ، وتصبح بذلك مصنفات الحاسب الآلى خاضعة للقواعد العامة، أى خمسين سنة . أنظر ما يلى ص ١٦٧ .

المصنفات الخاضعة لأحكام هذا القانون قبل الترخيص بها .

ومع عدم الاخلال بواجب الايداع ، يعاقب الناشر أو المنتج، حسب الأحوال ، على التخلف عن القيام به بغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على خمسة آلاف جنيه .

ولا يترتب على عدم الايداع اخلال بحقوق المؤلف المقررة بهذا القانون .

ولا تسرى هذه الأحكام على المصنفات المنشورة فى الصحف والمجلات الدورية إلا إذا نشرت منفردة (١).

(ب) ترخيص المصنفات السمعية والبصرية :

لا يجوز بغير ترخيص من وزارة الثقافة القيام بأى عمل من الأعمال الآتية ، ويكون متعلقاً بالمصنفات السمعية والسمعية البصرية .

أولاً : تصويرها أو تسجيلها أو نسخها أو تحويلها بقصد الاستغلال .

ثانياً : أداؤها أو عرضها أو اذاعتها فى مكان عام . وتحدد شروط وأوضاع المكان العام بقرار من رئيس مجلس الوزراء .

ثالثاً: توزيعها أو تأجيرها أو تداولها أو بيعها أو عرضها للبيع .

تبيّن اللائحة التنفيذية الجهة المختصة باصدار الترخيص وشروطه واجراءاته ومدة سريانه ، والجهات التى يعمل فيها بالترخيص ، والدول التى يسرى فيها .

ويصدر قرار البت فى طلب الترخيص خلال شهر ، عدا ما ورد فى البند من المادة السابقة فيصدر خلال ثلاثة أشهر

---

(١) م ٤٨.

من تاريخ استيفاء مسوغاته . ويعتبر الترخيص ممنوحاً إذا لم يصدر القرار خلال هذه المدة ، ويجب أن يكون قرار الرفض مسبباً .

يعاقب كل من خالف الحكم السابق بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . ولا يجوز وقف تنفيذ عقوبة الغرامة .

دون اخلال بأحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٩ فى شأن اتحاد الاذاعة والتلفزيون ، يحظر على كل من صاحب الحق ومن يزاول نشاط استغلال المصنفات السمعية والسمعية البصرية ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ، انتاج أو نسخ أو تصوير أو تسجيل أو تحويل أوعرض أو طرح للتداول أى من هذه المصنفات بأية طريقة إلا بعد الحصول على ترخيص من وزارة الثقافة .

ويصدر قرار من وزير الثقافة بتعيين الجهة المختصة بمنح الترخيص وشروطه واجراءاته والرسم المستحق على اصداره، أو تجديده بما لا يجاوز ألف جنيه سنوياً . وتؤول حصيلة الرسم المشار اليه الى صندوق التنمية الثقافية بوزارة الثقافة .

تعفى الجهات الحكومية والهيئات والموسسات العامة ووحدات الادارة المحلية من الرسوم المقررة على مصنفات خاضعة لأحكام هذا القانون .

يعاقب على مخالفة الحكم السابق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على ثلاثة آلاف جنيه ، أو بإحدى هاتين العقوبتين .

ينبغى أن يطبع على الأشرطة السمعية والسمعية البصرية رقم وتاريخ الترخيص بالعرض فى مكان ظاهر منها . ويجب طبع رقم وتاريخ الترخيص مع اسم المصنف السمعى على الاسطوانة ذاتها أو الجسم الملفوف عليه الشريط (١).

يجوز التظلم من القرارات المتعلقة برفض الترخيص أو تجديده أو سحبه الى لجنة يصدر قرار من وزير الثقافة بتشكيلها من : ١- أحد نواب رئيس مجلس الدولة يختاره المجلس (رئيساً) وعضوية كل من : ٢- ممثل للهيئة العامة للاستعلامات من الدرجة العالية على الأقل ، ٣- ممثل للمجلس الأعلى للثقافة ، ٤- ممثل لأكاديمية الفنون بدرجة أستاذ على الأقل ، ٥- ممثل لمجلس النقابة من أهل الخبرة دون أن يكون له صوت معدود .

ويصدر وزير الثقافة قراراً بتنظيم الاعلانات التجارية التى تتضمنها المصنفات السمعية والسمعية البصرية وتحديد نوعها ومكانها ومدتها بحيث لا تخل بمستوى المصنف الفنى(٢).

يصدر وزير العدل بالاتفاق مع وزير الثقافة قراراً يحدد الموظفين المنوط بهم تنفيذ هذا القانون ، وتكون لهم صفة مأمورى الضبط القضائى (٣).

---

(١) يعاقب على مخالفة هذين الحكمين بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن الف جنيه ولا تزيد على ألفىّ جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين . ويترتب على الحكم بالادانة لمخالفة الحكم الأول اعتبار الترخيص ملغياً (م ١٦) .

(٢) انظر الشرح السابق .

(٣) نظم المشرع هذه الأحكام فى القانون الجديد ١٩٩٢/٣٨ بترتيب المواد ٢ ، ٤، ١٥ ، ٧ مكرر ، ١١ ، ٤٧ مكرر ، ٨ ، ٨،١٢ مكرر ، ١٩ .

المطلب الثانى

حماية حق المؤلف

قرر المشرع حماية حق المؤلف من خلال بعض الاجراءات التحفظية بالاضافة الى الجزاء المدنى والجزاء الجنائى .

الفرع الأول

الاجراءات التحفظية

قرر المشرع بعض الاجراءات التحفظية بهدف المحافظة على حق المؤلف المُعتدى عليه وذلك الى حين الانتهاء من الفصل فى دعواه ضد المعتدى وذلك حتى لا يلحقه ضرر جسيم أو ضرر لا يمكن تداركه بسبب طول أمد النزاع.

لرئيس المحكمة الابتدائية بناء على طلب المؤلف أومن يخلفه وبمقتضى أمر يصدره على عريضة أن يأمر بالاجراءات التالية بالنسبة لكل مصنف نشر أو عرض بدون إذن كتابى من المؤلف أو ممن يخلفه بالمخالفة لأحكام القانون :

١- اجراء وصف تفصيلى للمصنف الذى تم نشره أو أعيد نشره على خلاف أحكام القانون .

٢- وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته .

٣- توقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه أو صوره ، وكذا على المواد التى تستعمل فى اعادة النشر أو استخراج نسخ منه ، بشرط ألا تكون هذه المواد غير صالحة إلا لإعادة نشر المصنف .

٤- اثبات الأداء العلنى بالنسبة لإيقاع أو تمثيل أو القاء

مصنف بين الجمهور ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلاً .

٥- حصر الايراد الناتج من النشر أو العرض وتوقيع الحجز على هذا الايراد .

ولرئيس المحكمة فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر الذى يقوم بالتنفيذ وأن يفرض على الطالب كفالة مناسبة .

ويجب على من يطلب هذه الاجراءات أن يرفع الى محكمة الموضوع المختصة دعوى بأصل الحق فى خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور الأمر ، فإن لم يرفع الدعوى فى هذا الميعاد زال كل أثر للأمر الذى قرر الاجراءات التحفظية(١) .

الفرع الثانى

الجزاء المدنى

(أ) يجوز للمؤلف المُعتدى على حقه طلب وقف الاعتداء وازالة آثاره مع التعويض عن كل ما أصابه من ضررمادى وأدبى نتيجة هذا الاعتداء طبقاً للقواعد العامة .

وقد اعتبر المشرع دين التعويض ، فى هذه الحالة ، ديناً ممتازاً على صافى ثمن بيع الأشياء والمبالغ المحجوز عليها . وتأتى مرتبة هذا الامتياز بعد المصروفات القضائية والمصروفات التى تُنفق لحفظ وصيانة هذه الأشياء .

(ب) يجوز للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع بناء على

---

(١) م ٤٣ - ويجوز لمن صدر ضده الأمر ان يتظلم منه (م ٤٤) .

طلب المؤلف أو من يقوم مقامه أن تأمر باتلاف نسخ أو صور المصنف الذى تضمن نشره اعتداء على حق المؤلف ، أو أن تأمر بتغيير معالمها ، وكذلك المواد التى استعملت فى نشر المصنف بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر .

وقد استثنى المشرع من هذا الحكم حالات ثلاث :

١- إذا كان حق المؤلف سينقضى بعد فترة تقل عن سنتين ابتداء من تاريخ الحكم . يجوز للمحكمة بدلاً من الاتلاف أن تأمر بتثبيت الحجز التحفظى على الأشياء وبيعها للوفاء بالتعويضات التى تقضى بها للمؤلف . كل ذلك بشرط عدم الاخلال بحقوق المؤلف الأدبية إذ قد يكون السبيل الى صيانتها هو الاتلاف ، لأنها حقوق غير مؤقتة بمدة معيّنة .

٢- إذا تمثل الاعتداء فى ترجمة مصنف الى اللغة العربية بالمخالفة لحكم القانون ، فلا يجوز الحكم بالاتلاف ، بل يقتصر الحكم على تثبيت الحجز التحفظى على المصنف المترجم وفاء لما تقضى به المحكمة للمؤلف من تعويضات .

٣- إذا تعلق الأمر بمبانى فى حالة ما إذا كانت تصميماتها ورسوماتها قد تمت بناء على اعتداء غير مشروع على حقوق المؤلف المعمارى ، فلا يجوز الحكم باتلافها ، ويقتصر على القضاء بالتعويض للمؤلف(١) .

الفرع الثالث

الجزاء الجنائى

اعتبر المشرع الاعتداء على حق المؤلف جريمة جنائية يعاقب عليها بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه

---

(١) م ٤٥، ٤٦.

ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا ما أخذ إحدى الصور الآتية :

١- نشر المصنف أو استغلاله أو ادخال تعديلات عليه دون إذن من المؤلف أو ممن يخلفه ، أى الاعتداء على حق من حقوق المؤلف .

٢- من أدخل فى مصر بقصد الاستغلال دون إذن المؤلف، أو من يقوم مقامه مصنفاً منشوراً فى الخارج مما تشمله الحماية التى تفرضها أحكام القانون .

٣- من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو للايجار مصنفاً مقلداً مع علمه بتقليده .

٤- من قلد فى مصر مصنفاً منشوراً فى الخارج ، أو باعه، أو عرضه للبيع ، أو للتداول ، أو للايجار ، أو صدره ، أو شحنه للخارج مع علمه بتقليده .

وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات محل الجريمة . وقد شدد المشرع العقوبة فى حالة العود فتكون الحبس والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه ،

وفى جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ المقلدة والأدوات المستخدمة للتقليد ، وينشر ملخص الحكم الصادر بالادانة فى جريدة يومية واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه .

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالادانة أن تقضى بغلق المنشأة التى استغلها المقلدون أو شركاؤهم فى ارتكاب أحد الأفعال المشار اليها مدة لا تزيد على ستة أشهر (١) .

(١) م ٤٧.

المبحث الرابع

اتفاقية الجات فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية

تمهيد :

بموجب اتفاقية مراكش الدولية لعام ١٩٩٤ تم انشاء منظمة التجارة العالمية وتهدف الى تحرير التجارة العالمية وتيسير الاستثمار عبر الحدود وحرية انتقال الأموال والأشخاص ، مع ضمان المنافسة والمساواة فى المعاملة بين السلع الوطنية والأجنبية . ويقتضى ذلك تحرير الاقتصاد الوطنى من القيود القانونية التى تعوق حرية تبادل السلع والخدمات ، واعادة تنظيم العلاقات القانونية على أساس حرية المعاملات .

وتلتزم الدول الأعضاء فى الاتفاقية ، ومنها مصر ، بتغيير قوانينها الداخلية والنظم والاجراءات الادارية وجعلها تتفق وأحكام هذه الاتفاقية وملاحقها ، ويتعيّن على المشرع الداخلى بمناسبة سن القوانين أن يحترم أحكام الاتفاقية وما تضمنته من موجهات ، بل ان الاتفاقية تتضمن بعض النصوص القابلة للتنفيذ بذاتها مما يتعيّن على القاضى الوطنى تطبيقها مباشرة ولو لم يصدر تأكيداً لها قانون عادى.

وقد أُلحق بالاتفاقية أربعة ملاحق أساسية أهمها : الاتفاقات متعددة الأطراف بشأن التجارة فى السلع وأهمها الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة والتى يطلق عليها اسم « جات» GATT وهى اختصار الحروف الأولىGeneral Agreement on Tarif and Trade . وهناك الاتفاقية العامة للتجارة فى الخدمات، ويعنينا منها اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ، وهو ما يتعلق بموضوع دراستنا .

(أ) أهداف الاتفاقية :

ضرورة تشجيع الحماية الفعالة والملائمة لحقوق الملكية الفكرية ، وبهدف ضمان ألا تصبح التدابير والاجراءات المتخذة لانفاذ هذه الحقوق حواجز فى حد ذاتها أمام التجارة المشروعة .

ويقتضى ذلك وضع قواعد وأنظمة بشأن تطبيق المبادئ الأساسية للاتفاقية والاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية ، ووضع المعايير والمبادئ الكافية فيما يتعلق بتوفر ونطاق استخدام حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة ، وتوفير الوسائل الفعالة والملائمة لانفاذ هذه الحقوق ، مع مراعاة الفروق بين شتى الأنظمة القانونية القومية ، وإتاحة التدابير الفعالة والسريعة لمنع نشوء المنازعات بين الحكومات فى هذا الخصوص وحسمها بأساليب متعددة الأطراف .

تُسهم حماية وانفاذ حقوق الملكية الفكرية فى تشجيع روح الابتكار التكنولوجى ونقل وتعميم التكنولوجيا ، بما يحقق المنفعة المشتركة لمنتجى المعرفة التكنولوجية ومستخدميها ، بالأسلوب الذى يحقق الرفاهية الاجتماعية والاقتصادية ، والتوازن بين الحقوق والواجبات (١) .

(ب) المعاهدات المبرمة بشأن الملكية الفكرية :

تتضمن الاتفاقية تنسيقاً بين أحكامها والمعاهدات المبرمة بشأن الملكة الفكرية وهى معاهدة باريس (١٩٦٧) ومعاهدة

---

(١) م ٧ ، ديباجة الاتفاقية . وتتعلق حقوق الملكية الفكرية بحق المؤلف أو العلامات التجارية أو المؤشرات الجغرافية أو التصميمات الصناعية وبراءات الاختراع والتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة (الرسوم الطبوغرافية) وحماية المعلومات السرية ومكافحة الممارسات غير التنافسية فى التراخيص العقدية .

برن (١٩٧١) ، ومعاهدة روما ، ومعاهدة الملكية الفكرية فيما يتعلق بالدوائر المتكاملة والاتفاقات المتعددة الأطراف المبرمة تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية(١) .

(جـ) التزامات وحقوق الدول الأعضاء :

- تلتزم البلدان الأعضاء بتنفيذ أحكام هذه الاتفاقية . ويجوز لها ، دون الزام ، أن تنفذ فيها ما يتيح حماية أوسع من التى تتطلبها هذه الاتفاقية ، شريطة عدم مخالفة هذه الحماية لأحكام الاتفاقية . وللبلدان الأعضاء حرية تحديد الطريقة الملائمة لتنفيذ أحكام هذه الاتفاقية فى إطار أنظمتها القانونية(٢) .

- يلتزم كل من البلدان الأعضاء بمنح مواطنى البلدان

---

(١) تنص المادة الثانية على أنه :

١-فيما يتعلق بالأجزاء الثانى والثالث والرابع من الاتفاق الحالى ، تلتزم البلدان الأعضاء بمراعاة أحكام المواد من ١ حتى ١٢ والمادة ١٩ من معاهدة باريس (١٩٦٧) .

٢- لا ينتقص أى من الأحكام المنصوص عليها فى الأجزاء من الأول وحتى الرابع من هذه الاتفاقية من أى من الالتزامات الحالية التى قد تترتب على البلدان الأعضاء بعضها تجاه الأخرى بموجب معاهدة باريس ، ومعاهدة برن ومعاهدة روما ، ومعاهدة الملكية الفكرية فيما يتصل بالدوائر المتكاملة .

وتنص المادة الخامسة على أنه :

لا تنطبق الالتزامات المنصوص عليها فى المادتين ٣ و ٤ على الاجراءات المنصوص عليها فى الاتفاقات المتعددة الأطراف المبرمة تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية فيما يتعلق باكتساب الحقوق الفكرية أو استمرارها .

وتنص المادة التاسعة على أنه

تلتزم البلدان الأعضاء بمراعاة الأحكام التى تنص عليها المواد من١ وحتى ٢١ من معاهدة برن (١٩٧١) وملحقها ، غير أن البلدان الأعضاء لن تتمتع بحقوق ولن تتحمل التزامات بموجب هذه الاتفاقية فيما يتعلق بالحقوق المنصوص عليها فى المادة ٦ مكررة من معاهدة برن أو الحقوق النابعة عنها .

(٢) م ٥ من الاتفاقية .

الأخرى الأعضاء معاملة لا تقل عن المعاملة التى تمنحها لمواطنيها فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية (١).

– فيما يتعلق بحماية الملكية الفكرية فإن أى ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة يمنحها بلد عضو لمواطنى أى بلد آخر يجب أن تمنح على الفور ودون أية شروط لمواطنى جميع البلدان الأعضاء الأخرى (٢) .

---

(١) مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بالفعل فى كل من معاهدة باريس (١٩٦٧) ، ومعاهدة برن (١٩٧١) ومعاهدة روما ، ومعاهدة الملكية الفكرية فيما يتصل بالدوائر المتكاملة . وفيما يتعلق بالمؤدين ومنتجى التسجيلات الصوتية وهيئات الاذاعة ، لا ينطبق هذا الالتزام إلا فيما يتعلق بالحقوق المنصوص عليها فى هذه الاتفاقية . ويلتزم أى بلد عضو يستفيد من الامكانات المنصوص عليها فى المادة ٦ من معاهدة برن (١٩٧١) أو الفقرة (ب) من المادة ١٦ من معاهدة روما بارسال الاخطار المنصوص عليه فى تلك الأحكام الى مجلس الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية .
لا يجوز للبلدان الأعضاء الاستفادة من الاستثناءات المسموح بها بمقتضى الفقرة ١ فيما يتعلق بالاجراءات القضائية والادارية ، بما فى ذلك تحديد موطن مختار أو تعيين وكيل فى أراضى بلد عضو ، إلا حين تكون هذه الاستثناءات ضرورية لضمان الالتزام بمراعاة أحكام القوانين واللوائح التنظيمية التى لا تتعارض مع أحكام هذه الاتفاقية وشرط الا يكون فى اللجوء الى هذه الممارسات تقييد مستتر للتجارة .
يشتمل تعبير « الحماية» الأمور التى تؤثر فى توفير حقوق الملكية الفكرية واكتسابها ، ونطاقها ، واستمرارها ، وانفاذها ، وكذلك الأمور التى تؤثر فى استخدام حقوق الملكية الفكرية المنصوص عليها بالتحديد فى الاتفاق الحالى .
تسرى حماية حقوق المؤلف على النتاج وليس على مجرد الأفكار أو الاجراءات أو أساليب العمل أو المفاهيم الرياضية (م ٢/٩).

(٢) ويستثنى من هذا الالتزام أية ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة يمنحها بلد عضو وتكون :
(أ) نابعة عن إتفاقيات دولية بشأن المساعدة القضائية أو انفاذ القوانين ذات الصبغة العامة وغير المقتصرة على حماية الملكية الفكرية .
(ب) ممنوحة وفقاً لأحكام معاهدة برن (١٩٧١) أو معاهدة روما التى تجيز اعتبار المعاملة الممنوحة غير مرتبطة بالمعاملة الوطنية بل مرتبطة بالمعاملة الممنوحة فى بلد آخر .
=

– تلتزم البلدان الأعضاء بقصر القيود أو الاستثناءات من الحقوق المطلقة على حالات خاصة معينة لا تتعارض مع الاستغلال العادى للعمل الفنى ولا تلحق ضرراً غير معقول بالمصالح المشروعة لصاحب الحق فيه (١).

– يجوز للبلدان الأعضاء ، عند وضع أو تعديل قوانينها ولوائحها التنظيمة ، اعتماد التدابير اللازمة لحماية الصحة العامة والتغذية وخدمة المصلحة العامة فى القطاعات ذات الأهمية الحيوية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوچية فيها ، شريطة اتساق هذه التدابير مع أحكام الاتفاق الحالى(٢).

– قد تكون هناك حاجة لاتخاذ تدابير ، يُشترط اتساقها مع أحكام الاتفاق الحالى ، لمنع حائزى حقوق الملكية الفكرية من اساءة استخدامها ، أو منع اللجوء الى ممارسات تسفر عن تقييد غير معقول للتجارة أو تؤثر سلباً على النقل الدولى للتكنولوچيا (٣).

(د) برامج الحاسب الآلى وتجميع البيانات :

تتمتع برامج الحاسب الآلى (الكومبيوتر) سواء أكانت

= (ج) متعلق بحقوق المؤدين ، ومنتجى التسجيلات الصوتية ، وهيئات الاذاعة ، التى لا تنص عليها أحكام الاتفاق الحالى .

(د) نابعة من اتفاقيات دولية متعلقة بحماية الملكية الفكرية أصبحت سارية المفعول قبل سريان مفعول اتفاق منظمة التجارة العالمية ، شريطة إخطار مجلس الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية بهذه الاتفاقيات والا تكون تمييزاً عشوائياً أو غير مبرر ضد مواطنى البلدان الأعضاء الأخرى.

(١) م ١٣ من الاتفاقية .

(٢) ، (٣) م ٨ من الاتفاقية .

بلغة المصدر أو بلغة الآلة ، بالحماية باعتبارها أعمالاً أدبية بموجب معاهدة برن (١٩٧١) .

تتمتع بالحماية البيانات المجمعة أو المواد الأخرى سواء أكانت فى شكل مقروء آلياً أو أى شكل آخر إذا كانت تشكل خلقاً فكرياً نتيجة انتقاء أو ترتيب محتوياتها ، وهذه الحماية لا تشمل البيانات أو المواد فى حد ذاتها ، ولا تخل بحقوق المؤلف المتعلقة بهذه البيانات أو المواد ذاتها (١).

(هـ) حقوق التأجير :

فيما يتعلق على الأقل ببرامج الحاسب الآلى (الكومبيوتر) والأعمال السينمائية ، تلتزم البلدان الأعضاء بمنح المؤلفين وخلفائهم حق اجارة أو حظر تأجير أعمالهم الأصلية المتمتعة بحقوق الطبع أو النسخ الناتجة عنها تأجيراً تجارياً للجمهور . ويستثنى البلد العضو من هذا الالتزام فيما يتعلق بالأعمال السينمائية التى لم يكن تأجير هذه الأعمال فيها قد أدى إلى إنتشار نسخها بما يلحق ضرراً مادياً بالحق المطلق فى الاستنساخ الممنوح فى ذلك البلد العضو للمؤلفين وخلفائهم . وفيما يتعلق ببرامج الحاسب الآلى (الكومبيوتر)، لا ينطبق هذا الالتزام على تأجير البرامج حين لا يكون البرنامج نفسه الموضوع الأساسى للتأجير (٢).

(و) مدة الحماية :

عند حساب مدة حماية عمل من الأعمال ، خلاف الأعمال

---

(١) م ١٠ من الاتفاقية .

(٢) م ١١ من الاتفاقية .

الفوتوغرافية أو الأعمال الفنية التطبيقية ، على أساس آخر غير مدة حياة الشخص الطبيعى ، لا تقل هذه المدة عن ٥٠ سنة اعتباراً من نهاية السنة التقويمية التى أجيز فيها نشر تلك الأعمال أو فى حال عدم وجود ترخيص بالنشر فى غضون ٥٠ سنة اعتباراً من انتاج العمل المعنى ، ٥٠ سنة اعتباراً من نهاية السنة التقويمية التى تم فيها انتاجه (١) .

(ى) حماية المؤدين ومنتجى التسجيلات الصوتية وهيئات الاذاعة :

١- فيما يتعلق بتسجيل أعمال المؤدين فى تسجيلات صوتية ، يحق للمؤدين منع الأفعال التالية التى تتم دون ترخيص منهم : تسجيل أدائهم غير المسجل وعمل نسخ من هذه التسجيلات . كما يحق لهم منع الأفعال التالية دون ترخيص منهم : بث أدائهم الحى على الهواء بالوسائل اللاسلكية ونقله للجمهور .

٢- يتمتع منتجو التسجيلات الصوتية بحق اجازة النسخ المباشر أو غير المباشر لتسجيلاتهم الصوتية وبحق منعه .

٣- يحق لهيئات الاذاعة منع الأفعال التالية عندما تتم دون ترخيص منها : تسجيل البرامج الاذاعية وعمل نسخ من هذه التسجيلات ، واعادة البث عبر وسائل البث اللاسلكى ، ونقل هذه المواد للجمهور بالتلفزيون . وحيث لا تمنح البلدان

---

(١) م ١٢ من الاتفاقية .

لأغراض تسوية المنازعات بموجب هذه الاتفاقية ، مع مراعاة أحكام المادتين ٣ و٤ ، لا تضمن هذه الاتفاقية ما يمكن إستخدامه للتعامل مع مسألة إنقضاء حقوق الملكية الفكرية (م٦) .

الأعضاء هذه الحقوق لهيئات الاذاعة ، تلتزم بمنح مالكى حقوق المؤلف على المادة موضوع البث امكانية منع الأفعال المذكورة أعلاه ، مع مراعاة أحكام معاهدة برن (١٩٧١) .

٤- تطبق أحكام المادة ١١ المتعلقة ببرامج الحاسب الآلى (الكومبيوتر) ، مع ما يلزم من تبديل ، على منتجى التسجيلات الصوتية وأى أصحاب حقوق أخرين فى مجال التسجيلات الصوتية حسبما تنص على تحديدها قوانين البلد العضو المعنى . فإن كان لدى ذلك البلد فى ١٥ نيسان / أبريل ١٩٩٤ نظام يضمن المكافأة المنصفة لأصحاب الحقوق فيما يتعلق بتأجير التسجيلات الصوتية ، يجوز للبلد مواصلة تطبيق هذا النظام شريطة ألا يؤدى التأجير التجارى للتسجيلات الصوتية الى الحاق ضرر مادى بحقوق النسخ المطلقة التى يتمتع بها أصحاب الحقرق .

٥- تدوم مدة الحماية المتاحة بموجب الاتفاق الحالى للمؤدين ومنتجى التسجيلات الصوتية على الأقل حتى نهاية فترة ٥٠ سنة تحسب اعتباراً من نهاية السنة التقويمية التى تم فيها التسجيل الأصلى أو حدث فيها الأداء . أما مدة الحماية التى تمنح بموجب الفقرة ٣ فتدوم ما لا يقل عن ٢٠ سنة لعتباراً من نهاية السنة التقويمية التى حصل فيها بث المادة المعنية .

٦- فيما يتعلق بالحقوق الممنوحة بموجب الفقرات ١ ، ٢ ، ٣ يجوز لأى بلد عضو النص على شروط أو استثناءات أو تحفظات الى الحد الذى تسمح به معاهدة روما . غير أن أحكام

المادة ١٨ من اتفاقية برن (١٩٧١) تطبق أيضاً ، مع ما يلزم من تبديل ، على حقوق المؤدين ومنتجي التسجيلات الصوتية(١).

(١) م ١٤ من الاتفاقية .

الباب الثالث
الأشياء محل الحق

محل الحق :

إن محل الحق l'objet du droit يختلف عن مضمونه le contenu، ذلك أن المضمون يتعلق بنطاق الحق وطريق استعماله أى السلطات والمُكنات التى يخوّلها الحق لصاحبه . ويختلف المضمون باختلاف الحقوق ، فمضمون حق الملكية ، مثلاً ، يتمثل فيما يكون للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف .

أما محل الحق فهو ما يرد عليه الحق من أشياء أو أعمال أو قيم . قد يرد الحق على قيم لصيقة بالشخص نفسه أى بكيانه المادى أو المعنوى فنكون بصدد حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية . وقد ينصب الحق على شىء مادى ، فنكون بصدد حقوق عينية ، حيث يكون المجل هو الشىء الذى تنصب عليه سلطة صاحب الحق العينى ، فمحل حق الملكية هو الشىء الذى تنصب عليه الملكية ، ومحل حق الارتفاق هو العقار المحمل بالارتفاق . وقد يرد الحق على شىء معنوى كالحقوق الذهنية .

وقد يقع الحق على أداء معيّن يقتضيه صاحب الحق من شخص آخر ، يتمثل هذا الأداء فى عمل أو امتناع عن عمل يلتزم به المدين ، كما هو الحال فى الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . ويتمثل العمل محل الحق الشخصى ، أحياناً ، فى التزام المدين بنقل حق عينى أو انشائه ، ويطلق عليه

الالتزام باعطاء ، كالتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع الى المشترى ، هذا الالتزام مضمونه عمل إلا أن محله شيء . ولكن الشيء هنا يعد محلاً غير مباشر للحق ، أما المحل المباشر فهو الأداء .

المال والشيء :

المال bien فى عُرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان ذلك الحق سواء أكان عينياً أو شخصياً أم حقاً من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . أما الشيء chose سواء أكان مادياً أم غير مادى فهو محل ذلك الحق (١).

فالشيء هو كل كائن له ذاتية فى الوجود ، سواء كان مادياً يدرك بالحس كالأرض والجماد والنبات والحيوان ، أو كان شيئاً معنوياً كأفكار المؤلفين والاختراعات والعلامات التجارية . والشيء المادى يكون محلاً للحق العينى أما الشيء المعنوى فيكون محلاً للحق الذهنى . أما شخص الانسان فلا يعتبر شيئاً من الأشياء . لذلك لا يتصور أن ينصب الحق على الشخص ذاته أو علي جسده ، إلا إذا انفصل أحد أجزاء الانسان ، هنا يصير ذلك الجزء شيئاً . أما الحقوق اللصيقة بالشخصية فهى ترد على مجموعة من القيم الانسانية وليس الانسان فى ذاته .

أما المال فهو أوسع نطاقاً من الشيء . فالمال هو كل حق له

---

(١) المال فى عُرف القانون هو كل شيء متقوم نافع للانسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره ، وكما يكون المال شيئاً مادياً كالأعيان التى تقع تحت الحواس يكون شيئاً معنوياً كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور . نقض ١٩٤٦/١/٣١ طعن ١٦ س١٥ ق.

قيمة مالية ، أما الشيء فهو محل ذلك الحق المالى . والحق المالى يرد على الشيء المادى أو الشيء المعنوى ، ويرد أيضاً على العمل ، لذلك فإن المال يشمل كل الحقوق العينية والشخصية والذهنية .

ويكثر الخلط بين المال والشيء أى بين الحق المالى والشيء الذى يقع عليه . ويتم أحياناً ، اطلاق لفظ الأموال على الأشياء . ولعل السبب فى ذلك يرجع الى أن الشيء فى أغلب الأحوال ، يكون محلاً لحق مالى ، فيعتبر مالاً بسبب انشغاله بهذا الحق . أما إذا لم يوجد على الشيء حق لشخص ما ، مثال ذلك الأشياء المباحة ، كالطير فى السماء والسمك فى الماء ، فلا يكون مالاً وانما شيء فحسب . وقد يوجد حق مالى دون شيء يرد عليه . كالحق الشخصى حيث يكون محله عمل أو امتناع عن عمل ، وليس شيئا من الأشياء . وهذا الحق يعتبر مالاً .

تقسيم الأشياء :

هناك تقسيمات عدة للأشياء ، ذكر القانون البعض منها وأضاف الفقه تقسيمات أخرى . ولعل أبرز هذه التقسيمات أهمية هو تقسيم الأشياء الى عقارت ومنقولات . ونعرض لهذا التقسيم فى فصل أول ، ثم نبيّن التقسيمات الأخرى فى فصل ثان .

الفصل الأول
العقارات والمنقولات

نعرض لدراسة العقار والمنقول من خلال أربعة مباحث ، نتناول فيها على التوالى : أساس التقسيم وأهميته ، العقارات، المنقولات ، الأموال العقارية ، والأموال المنقولة .

المبحث الأول
أساس التقسم وأهميته

(أ) أساس التقسيم :

كل شىء مستقر بحيّزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول (١) . مؤدى ذلك أن معيار التفرقة بين العقار والمنقول يقوم على أساس طبيعى يتمثل فى الثبات والحركة ، فإذا كان الشىء ثابتاً مستقراً فهو عقار كالأراضى والمبانى ، أما الأشياء القابلة للحركة والنقل دون تلف فهى منقولات . فالاستقرار هو سمة العقار بينما التحرك هو سمة المنقول .

يرجع هذا التقسيم الى القانون الرومانى . ولم يكن المعيار المادى القائم على طبيعة الأشياء هو مناط التفرقة الوحيد بين العقار والمنقول ، بل وجد الى جواره اعتبار اقتصادى حيث كانت الأرض فى الماضى أهم عناصر الثروة ومن ثم كانت العقارات هى الأشياء ذات القيمة ، أما المنقولات

---

(١) م ١/٨٢ مدنى .

فكانت هى الأشياء ذات القيمة الزهيدة . وقد ترتب على ذلك الاعتبار اختلاف النظام القانونى لكل منهما ، وتفاوت الأحكام بينهما .

وقد أخذ هذا الاعتبار الاقتصادى فى التضاؤل فى العصر الحديث أمام اتساع وتطور النشاط التجارى والصناعى ، حيث تزايدت أهمية القيم المنقولة وأصبحت من أهم عناصر الثروة ، ومن جهة أخرى فإن التطور التقنى أدى الى وجود بعض الأشياء الثابتة التى تقبل الحركة مثل المنازل والمصانع المتحركة . وبالرغم من ذلك التطور فإن القوانين الحديثة لازالت مستقرة على تلك التفرقة وترتيب العديد من الآثار القانونية عليها .

ولقد عرفت الشريعة الاسلامية هذا التقسيم . ذهب الفقهاء الى أن العقار هو الشىء الذى له أصل ثابت ولا يمكن نقله أو تحويله من مكان الى آخر كالأرض . أما المنقول فهو ما يمكن نقله وتحويله من مكان الى آخر مع بقاء هيئته وحالته ، مثل الحيوانات والموزونات والمكيلات . ويختلف فقهاء الشريعة بالنسبة للأشياء التى لها قرار مدة طويلة ويمكن نقلها وتحويلها من مكان الى آخر ، مثل البناء والأشجار ، حيث يعتبرها البعض عقاراً ويجرى عليها أحكامه . ويرى الجمهور أنها منقول ويتعلق بها أحكامه إذا انفردت بالتصرف ، وتأخذ حكم العقار إذا كانت تبعاً للأرض وتنطبق عيها ذات الأحكام .

(ب) أهمية التقسيم :

يختلف النظام القانونى للعقارات عنه بالنسبة للمنقولات، حيث تترتب العديد من النتائج القانونية على التفرقة بين المنقول والعقار ، ويرجع ذلك الى عاملين : الأول يقوم على أساس طبيعى يرجع الى ما يتسم به العقارمن ثبات

واستقرار، الثانى يقوم على اعتبار اقتصادى يرجع الى الأهمية التى يوليها المشرع للعقارات انطلاقاً من الفكرة التقليدية حول ارتفاع قيمتها .

ويمكن ابراز أهم أوجه الاختلاف فى الأحكام القانونية بين العقار والمنقول فيما يلى :

١- أدى ثبات العقارات الى فرض نظام شهر التصرفات القانونية التى ترد عليها كوسيلة لحماية الغير . ويتم الشهر عن طريق تسجيل التصرف إذا كنا بصدد نظام للشهر الشخصى ، وبطريق القيد فى السجل العينى فى الأنظمة التى تأخذ بنظام الشهر العينى . ويتم التسجيل أو القيد فى سجل معد لذلك بمكتب يقع العقار فى دائرة اختصاصه . ويساعد نظام الشهر تمكين الغير الذى يريد التعامل فى العقار من التعرّف على مالكه وتبيّن ما عليه من حقوق للآخرين.

يترتب على ذلك أنه إذا لم يتم شهر التصرف الوارد على العقار فإنه لا يرتب أى أثر من حيث انشاء الحق لعينى أو نقله أو تغييره أو زواله وذلك سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير ، فملكية العقار لا تنتقل من البائع الى المشترى إلا إذا تم شهر البيع .

أما المنقولات فليس لها مكان ثابت تستقر فيه ، لذا يصعب اخضاعها لنظام الشهر ، ومن ثم فإن التصرفات الواردة على المنقولات تنتج أثرها ، كقاعدة عام ، بمجرد التراضى ، فتنتقل ملكية المنقول الى المشترى بمجرد اتمام العقد . وإذا كان المنقول من المثليات فإن الملكية تنتقل بالافراز. وقد يشترط القانون اتمام بعض الاجراءات بالنسبة لبعض المنقولات الهامة مثل السفن والطائرات والسيارات .

٢-ان الحيازة متصورة فى كل من العقار والمنقول على

السواء ، إلا أن آثار الحيازة تختلف فيما بينهما من عدة وجوه:

– ان مجرد الحيازة فى المنقول بحسن نية تكون سنداً للحائز فى اثبات حقه على المنقول . يتم اكتساب ملكية المنقول بمجرد حيازته بحسن نية . فالحيازة فى المنقول سنداً للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح . فإذا اشترى شخص منقولاً من غير مالكه وتسلمه معتقداً أن البائع هو المالك ، فإنه يصبح مالكاً لهذا المنقول ، ويستطيع الاستناد الى قاعدة الحيازة إذا طالبه المالك الحقيقى باسترداد المنقول .

ويختلف الأمر بالنسبة للعقار فلا ترتب حيازته نفس الأثر السابق ، بل يجب على الحائز عبء اثبات السبب الصحيح للحيازة حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهى خمس سنوات ، وإلا فلا يثبت له هذا الحق إلا بمضى المدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة .

– يحمى القانون حيازة العقار لذاتها بغض النظر عما إذا كانت مستندة الى حق وذلك بمقتضى دعاوى الحيازة وهى دعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الأعمال الجديدة ، ودعوى استرداد الحيازة ، أما فى المنقول فإن الحيازة ترتبط بالحق كما رأينا ، ولا يمكن الفصل بينهما ، لذلك لا توجد دعاوى حيازة بالنسبة الى المنقول .

٣– هناك بعض الحقوق العينية التى ترد على العقار فقط دون المنقول ، وذلك كحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق ، وكذلك الرهن الرسمى وحق الاختصاص(١) .

---

(١) حق المستأجر فى طبيعته حق شخصى وليس حقاً عينياً ، وهو بهذه المثابة يعتبر مالاً منقولاً ولو كان محل الاجارة عقاراً . نقض ١٩٧٨/٦/٢١ س٢٩ ص١٥١٠ .

٤- جعل المشرع الاختصاص المحلى ، بالنسبة الى الدعاوى العقارية ، للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو أحد أجزائه ، إذا كان واقعاً فى دوائر محاكم متعددة . وبالنسبة للدعاوى الشخصية العقارية ، وهى تلك التى يكون موضوعها حقاً شخصياً متعلقاً بعقار ، كحق مشترى العقار فى مواجهة البائع قبل شهر البيع ، فإن الاختصاص يكون للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه .

أما الدعاوى المنقولة ، للمطالبة بأشياء منقولة ، سواء كانت شخصية أو عينية ، فتختص بها المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه .

٥- بالنسبة لاجراءات التنفيذ ، فإن المشرع رسم اجراءات سريعة ومبسطة للحجز على المنقول بينما جعل اجراءات التنفيذ على العقار أكثر تعقيداً ، وذلك تأثراً بالنظرة التقليدية لأهمية العقارات وقيمتها .

٦- الشفعة لا تجوز إلا فى العقارات وحدها دون المنقولات .

٧- ان دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش فى البيع لا تقبل إلا إذا كان المبيع عقاراً مملوكاً لشخص غير كامل الأهلية ، ولا تقبل الدعوى إذا ورد البيع على منقول .

٨- فرض المشرع بعض القيود على التصرف فى العقارات أو اكتساب الحقوق عليها :

- لا يجوز للجمعيات تملك العقارات إلا بالقدر اللازم لتحقيق أغراضها .

- حدد المشرع ملكية الأراضى الزراعية فى مصر بخمسين فدان .

- يقيد المشرع تملك الأجانب للعقارات .

– يقوم مصفى التركة بسداد ديونها مما تشتمل عليه من منقولات أولاً ، فإن لم يكن ذلك كافياً ، فمن ثمن ما فى التركة من عقار .

المبحث الثانى

العقارات Immeubles

العقار بطبيعته هو الشىء المستقر الثابت الذى لا يمكن نقله دون تلف ولكن المشرع يعتبر بعض المنقولات ، حكماً ، من قبيل العقارات ، وذلك فى بعض الحالات ، مؤدى ذلك أن هناك العقار بالطبيعة، والعقار بالتخصيص .

المطلب الأول

العقار بالطبيعة

Immeuble par nature

العقار بالطبيعة هو كل شىء مستقر بحيِّزه ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف . مؤدى ذلك أن الشىء المادى يُعتبر عقاراً إذا كان حائزاً لصفة الاستقرار من جهة ، وكان من المستحيل نقله دون تغيير ذاتيته أى دون أن يعتريه خلل أو تلف . ويستوى بعد ذلك أن يكون الشىء قد اكتسب الثبات من أصل خلقته ، كما هو الشأن فى الأرض ، أم كان ذلك بصنع الصانع ، كما هو الحال بالنسبة للمبانى .

(أ) الأراضى :

تعتبر الأراضى بكافة أنواعها ، وأياً كانت قيمتها، عقارات بطبيعتها ، يستوى فى ذلك الأراضى الزراعية أم تلك المعدة

للبناء ، وسواء وجدت فى المدن أو القرى . وينصرف هذا الوصف على سطح الأرض وكل ما هو تحتها وسائر الطبقات المكوّنة لها وكل ما يعتبر جزءاً منها بشرط أن يكون ذلك متصلاً بالأرض اتصال قرار ، وذلك كالمناجم والمحاجر والمعادن .

أما الأجزاء التى يتم انتزاعها من الأرض أو فصلها عنها فتعتبر من قبيل المنقولات بمجرد اتمام عملية الفصل ، وذلك كالأتربة والأحجار التى تقتطع من المحاجر ، والمعادن المستخرجة من المناجم . وتعتبر الكنوز والآثار المدفونة فى الأرض منقولات لأنها لا تعتبر جزءاً منها، بل هى مخبأة بها فقط.

(ب) المبانى :

يُعتبر عقاراً بطبيعته كل ما يُقام على الأرض أو فى جوفها من أبنية ثابتة مستقرة ، كالمنازل والمخازن والمصانع والكبارى والقناطر والأنفاق . فكل هذه الأشياء تتصل بالأرض اتصال قرار وتتصف بالثبات والاستقرار بفعل الانسان ، وتكتسب الصفة العقارية بالالتصاق بالأرض وصيرورتها جزءاً منها ، وذلك بغض النظر عن قيمة البناء أو طبيعته أو الغرض منه .

كما لا يهم أن تكون المبانى قد أقيمت على سبيل الدوام أو على سبيل التوقيت كالمعارض مادامت متحدة بالأرض ولا يمكن نقلها دون تغيير هيئتها . ويستوى أن يكون من أقام البناء هو مالك الأرض أم غيره كالحائز أو المستأجر[1] .

---

(١) فقد اعتبر القضاء أن البناء الذى يقيمه المستأجر على الأرض المؤجرة عقاراً ، ولا يؤثر فى ذلك أن مالك الأرض اشترط فى عقد الايجار أن يكون له حق الفسخ واسترداد الأرض بما عليها من مبان فى أى وقت على أن يدفع قيمة المبانى التى اتفق على اقامتها بحسب تقدير أهل الخبرة . وذلك لأنه لا يشترط لاعتبار البناء عقاراً أن تكون اقامته مؤبدة . بل يكفى أن تكون مؤقتة لأنه فى الحالتين لا يمكن فصله عن الأرض بدون أن يتلف . نقض ١٩٤٦/١/٣١ طعن ٣٨ س ١٥ق.

ويُعد عقاراً كالبناء جميع الأجزاء اللازمة له ، بحيث يُعد ناقصاً بدونها. فالبناء لا يتم إلا بها باعتبارها جميعاً وحدة يكمل بعضها بعضاً ، كأنابيب المياه والغاز والكهرباء والأبواب والشبابيك والمصاعد . يمتد وصف العقار لهذه الأشياء مادامت حائزة لوصف الثبات والاستقرار .

وإذا فقد البناء صفة الاستقرار والاتحاد بالأرض ، فإنه يفقد الصفة العقارية ويعتبر من المنقولات ، كما لو تم فصل البناء عن الأرض أو فصل أجزاء منه وأصبح لها كيان مستقل غير ثابت ، كأنقاض البناء المهدوم . وكذلك الحال بالنسبة للمبانى التى ترتكز على سطح الأرض دون أن تتحد معها ، بل يمكن رفها ونقلها دون تلف كالمخيمات والأكشاك وصالات العرض المتنقلة .

(جـ) النباتات :

تُعتبر المزروعات والأشجار عقارات بالطبيعة مادامت متصلة بالأرض اتصال قرار وثبات ، أى تمتد جذورها فى الأرض ، بحيث يتعذر نقلها بدون خلل أو تلف . وتلحق الصفة العقارية هذه النباتات بغض النظر عن قيمتها أو مدة بقائها فى الأرض أو شخص الغارس لها ، سواء أكان هو مالك الأرض أو الحائز أو المستأجر .

ولا تقتصر الصفة العقارية على الأشجار وحدها ، بل تمتد لتشمل الثمار المتصلة بها ، طالما ظلت عالقة بأغصانها . فإذا قطفت الثمار أو سقطت من فوق الأشجار صارت منقولاً ، وكذلك الحال بالنسبة للأشجار التى يتم فصلها عن الأرض .

أما النباتات والأشجار التى لا تمتد جذورها فى الأرض فتعتبر منقولات . كالزهور والمزروعات التى توضع فى أوعية حتى لو دفنت فى الأرض .

المطلب الثانى

العقارات بالتخصيص

Immeuble par destination

(أ) تعريف العقار بالتخصيص :

يُعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله (١). مؤدى ذلك أننا بصدد شيء منقول بطبيعته ولكن القانون اعتبره عقاراً حكماً لا حقيقة ، لأنه مخصص لخدمة العقار واستغلاله.

وقد قصد المشرع من هذا الافتراض القانونى المخالف للحقيقة أن يربط المنقول بالعقار الذى يُخصص لخدمته ، وترتيب أحكام العقار على المنقولات التى تتبعه وتُرصد لاستغلاله ، أى توحيد النظام القانونى لهما حتى لا ينفصل المنقول عن العقار رغم ارادة المالك ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار . ذلك أن تخصيص المنقول لخدمة العقار يترتب عليه حسن استغلاله والمحافظة على قيمته ، حيث تقتضى المصلحة العامة ضمان استغلال الثروة العقارية على أحسن وجه .

يلجأ المشرع الى حيلة قانونية يفترض بمقتضاها أن المنقول بطبيعته عقاراً حكماً وذلك تحقيقاً للمصلحة التى تعود على الأفراد والمجتمع من وراء حسن استغلال العقار نتيجة ربط المنقول المخصص لخدمته به واخضاعه لنفس

---

(١) م ٨٢ مدنى .

النظام القانوني . فالأدوات الزراعية التى يخصصها صاحبها لخدمة الأرض التى يملكها تعتبر عقاراً بالتخصيص ، ومن ثم لا يجوز الحجز والتنفيذ عليها استقلالاً عن الأرض الزراعية حتى لا يتعطل استغلالها ، بل يكون من الواجب أن يتبع مصيرها مصير الأرض كما سنرى .

(ب) شروط اعتبار المنقول عقارًا بالتخصيص :

يلزم لثبوت صفة العقار بالتخصيص توافر شرطين : الأول وحدة مالك العقار والمنقول ، الثانى تخصيص المنقول لخدمة العقار واستغلاله .

أولاً : وحدة مالك العقار والمنقول : يجب أن يكون المنقول والعقار مملوكين لنفس الشخص ، ذلك أن الحكمة من اعتبارالمنقول عقاراً بالتخصيص هى ربط المنقول بالعقار، ولا يتحقق ذلك إلا حين يكون المنقول مملوكاً لصاحب العقار.

فإذا لم تكن المنقولات مملوكة لصاحب العقار ، لا يمكن اعتبارها عقارات بالتخصيص ، وتحتفظ بصفتها وتعامل على هذا الأساس . مثال ذلك المنقولات المملوكة لمستأجر العقار أو المنتفع به التى يخصصها لخدمة العقار واستغلاله . وكذلك الحال بالنسبة الى المنقولات التى يستخدمها مالك العقار دون أن تكون مملوكة له ، كالمنقولات التى يستأجرها أو يستعيرها أو يشتريها بعقد علق فيه انتقال الملكية على شرط الوفاء بالثمن ولم يتم دفع كامل الثمن .

ولا يُشترط أن يكون مالك المنقول مالكاً للعقار ملكية كاملة مفرزة ، بل يكفى أن يكون شريكاً على الشيوع فيه . مؤدى ذلك أن شرط اتحاد الملكية يتوافر فى حالة الملكية الشائعة أو المفرزة للعقار . فالمنقولات التى يرصدها الشريك

على الشيوع لخدمة العقار تعتبر عقارات بالتخصيص (١) . وينطبق نفس الحكم ، من باب أولى ، على المنقولات التى يرصدها كل الشركاء على الشيوع أو بعضهم لاستغلال العقار . فإذا اقتسم الشركاء العقار قسمة مهايأة أى قسمة انتفاع ، بأن أجازوا لكل منهم أن يحوز جزءاً مفرزاً ليستعمله، كانت المنقولات التى يخصصها كل شريك لخدمة ما يحوز من العقار عقارات بالتخصيص .

ثانيًا : تخصيص المنقول لخدمة العقار : يجب أن نكون بصدد منقول مادى بطبيعته وعقار بطبيعته يوضع فيه ذلك المنقول ، بقصد رصده لخدمته واستغلاله . ويتحقق شرط التخصيص بمراعاة الأحكام الآتية :

١- يجب أن يتم تخصيص المنقول لخدمة العقار بإرادة المالك نفسه أو نائبه الذى يعمل لحسابه ، كما لو تم التخصيص بواسطة وكيل المالك أو الولىّ أو الوصى . أما إذا تم التخصيص من غير المالك ، فإن المنقول لا يكتسب وصف العقار بالتخصيص ، حتى لو كان مملوكاً لصاحب العقار ، كما لو خصص مستأجر الأرض الأدوات الزراعية المملوكة لصاحب الأرض لخدمتها رغم ارادته .

٢- يجب أن يتم التخصيص بالفعل أى إلحاق المنقول بالعقار ووضعه فيه بقصد استغلاله . ولا يكفى مجرد النية ، فالمنقولات التى يشتريها الشخص بنية رصدها لخدمة العقار

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه يشترط لتخصيص المنقول للعقار أن يكون مالكهما واحداً وإذن فمتى كان أحد الشركاء على الشيوع فى أرض يمتلك ماكينة ملكية خاصة وأقامها على هذه الأرض بماله واستغلها لنفسه ولحسابه الخاص فإنها لا تصير عقاراً بالتخصيص . نقض ١٩٥٥/٢/١٠ طعن ٣٢٥ س٢١ق.

دون أن يتم ذلك بالفعل لا تكتسب صفة العقارات بالتخصيص . ولا يُقصد بالتخصيص وضع المنقول فى العقار على وجه الاستمرار ، فالأدوات التى يستعملها المالك فى خدمة أرضه تعتبر عقارات بالتخصيص حتى لو تم وضعها، خلال فترة عدم العمل فى بيته أو فى مكانٍ خاص بها .

٣- يجب أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار واستغلاله وليس لخدمة المالك أو مصلحته الشخصية . فلا تُعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المعدة للاستعمال الشخصى للمالك ، كالسيارة التى يركبها المالك فى تنقلاته الشخصية . مؤدى ذلك أن تخصيص المنقول يجب أن يكون عينياً موضوعياً أى لخدمة العقار ، وليس شخصياً أى لخدمة شخص المالك ، كالسيارات التى تنقل البضائع والدواب والآلات المستخدمة فى الأرض .

ولا يُشترط أن يكون المنقول قاصراً على خدمة العقار فقط ، بل يكفى أن تكون تلك الخدمة هى الغالبة . فالسيارة المخصصة لنقل عمال المصنع أو منتجاته تعتبر عقاراً بالتخصيص حتى لو استخدمها المالك ، أحياناً ، فى بعض تنقلاته الشخصية .

٤- يُشترط أن يكون التخصيص مستمراً أى غير عرضى . ولا يعنى ذلك أن يكون مؤبداً أو دائماً . فالآلات التى يخصصها المالك لخدمة العقار تُعتبر عقارات بالتخصيص حتى لو اتجهت نيته الى استبدالها ، فهى تظل محتفظة بوصف العقار طوال تخصيصها والى أن ينتهى التخصيص بالفعل . ولا تزول صفة العقار بالتخصيص عن المنقولات التى يتم فصلها مؤقتاً عن العقار ، كما لو تم إعارة الآلات للجار لفترة قصيرة . المهم أن يتسم التخصيص بالثبات والاستقرار وألا يكون عارضاً .

وتزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص إذا انقطع التخصيص أو زال أو إذا انفصلت الملكية وأصبح مالك العقار شخص غير مالك المنقول ، وكذلك الحال إذا أُدمج المنقول فى العقار على نحو يفقد به ذاتيته كمنقول بطبيعته ، حيث يتم تثبيته بالعقار على وجه القرار ، ويصبح بالتالى عقاراً بطبيعته.

٥- يجب أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار أو استغلاله . ويتم ذلك بالقدر الذى يتلاءم مع الخدمة والاستغلال طبقاً للعرف السائد . ولكن لا يشترط أن يكون المنقول المرصود لازماً أو ضرورياً لخدمة العقار أو استغلاله ، بل يكفى مجرد فائدته ونفعه . وقاضى الموضوع هو الذى يقرر ما إذا كان المنقول مستعملاً فى خدمة العقار من عدمه ، وما إذا كانت عملية الخدمة والاستغلال تستوعب ذلك المنقول. فالآلات والأدوات الزراعية التى تزيد عن حاجة الأرض تحتفظ بطبيعتها المنقولة ولا تُعتبر عقارات بالتخصيص ، ولا يُعتبر منها كذلك إلا العدد الكافى لاستغلال الأرض .

ويستوى أن يكون التخصيص لخدمة العقار أو لاستغلاله. فتخصيص المنقول قد يكون لخدمة العقار ، وقد يكون لاستغلاله ، وقد يكون لخدمته واستغلاله معاً ، ومن أمثلة تخصيص الخدمة المنقولات التى توضع فى دور العبادة والمدارس . ومن أمثلة تخصيص الاستغلال الآلات التى توضع فى الأرض أو المصنع . ويستوى أن يكون هذا الاستغلال زراعياً أو صناعياً أو تجارياً أو مدنياً :

- يدخل فى الاستغلال الزراعى كل ما يستعمله مالك الأرض لاستغلالها فى الزراعة ، كالأدوات والمواشى والأسمدة والبذور وحمام الأبراج وخلايا تربية النحل والسمك الذى يربى فى المستنقعات والبحيرات .

– يشمل الاستغلال الصناعى الآلات والأدوات والمواد الخام التى توضع فى المصانع والسيارات التى تستخدم فى عمليات نقل تلك الأشياء والمنتجات والعاملين .

– وبالنسبة للاستغلال التجارى يشمل كل ما يخصصه المالك لهذا الغرض ، كالأرفف والمناضد والمقاعد الموجودة فى المجال التجارية ، والسيارات التى تتولى توصيل البضائع الى العملاء ، والأثاث الذى يوضع فى الفنادق والملاهى والمسارح ودور السينما (١).

– وقد يكون التخصيص للاستغلال المدنى ، كالمفروشات التى توضع فى المنازل التى تستغل مفروشة .

(جـ) النظام القانونى للعقار بالتخصيص :

يترتب على اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص سريان أحكام العقار عليه ، ولكن هذه المساواة مرتبطة ببقاء التخصيص ، وفى الحدود التى تحقق الغاية منه :

أولاً : أوجه المساواة بين العقار بالتخصيص والعقار بالطبيعة :

يعامل العقار بالتخصيص معاملة العقار بالطبيعة من عدة نواح :

١– يشمل الحجز على العقار الأصلى فى ذات الوقت الحجز على العقار بالتخصيص ولو لم يذكر ذلك فى تنبيه نزع الملكية . ولا يجوز الحجز عليه منفصلاً عن العقار

---

(١) تعتبر المنقولات التى رصدها المالك لخدمة عقاره المستغل استغلالاً تجارياً بمعرفته عقاراً بالتخصيص ، وليس بلازم اعتبارها كذلك أن تكون مثبتة بالعقار على وجه القرار . نقض ١٩٥٤/١/١٤ طعن ١٢١ س ٢١ق .

المرصود لخدمته . ولا يجوز الحجز عليه حجز المنقول .

٢- يشمل رهن العقار الأصلى المنقولات التى تعتبر عقارات بالتخصيص ، سواء وجدت هذه عند الرهن أو بعد نشوئه ، ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك .

٣- يشمل التصرف فى العقار العقارات بالتخصيص المرصودة على خدمته أو استغلاله دون حاجة الى نص أو شرط خاص ، ما لم يتفق على خلاف ذلك ، وعلى ذلك فإن بيع العقار الأصلى يشمل أيضاً العقار بالتخصيص باعتباره جزءاً منه(١) ، ويصدق هذا على الوصية والقسمة والمقايضة . ولكن ينبغى ملاحظة أن تبعية العقار بالتخصيص للعقار الأصلى ، فى تلك الحالات ، مبناها ارادة المتعاقدين ، ومن ثم يجوز الاتفاق على عكس ذلك ، فالمالك له حرية التصرف فى العقار الأصلى وحده ، وله أن يتصرف فى العقارات بالتخصيص وحدها ، وله أن يتصرف فيهما معاً .

ثانيًا : أوجه الفرق بين العقار بالتخصيص والعقار بالطبيعة :

ان اعتبارالمنقول عقاراً بالتخصيص لا يعنى معاملته معاملة العقار من كل الوجوه ، حيث يظل العقار بالتخصيص محتفظاً بذاتيته ، لذلك يعامل معاملة المنقول من عدة وجوه . ويقتصر خضوعه للنظام القانونى للعقارات على الحدود التى تحقق الغاية التى قصد اليها المشرع من وراء المجاز أوالافتراض القانونى عندما خالف طبيعة الأشياء واعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص ، ويتمثل كل ذلك فيما يلى :

---

(١) تباع العقارات بالتخصيص مع العقار المرهون مالم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء اثبات هذا الاتفاق على من يدعيه . النقض السابق .

١- يعامل العقار بالتخصيص معاملة المنقول فى حالة امتياز بائع المنقول بالنسبة لما يستحق له من ثمن وملحقات . وعلى ذلك فإن بائع المنقول الذى لم يستوف ثمنه يظل محتفظاً بامتيازه عليه رغم رصده لخدمة العقار واكتسابه صفة العقار بالتخصيص . ويختلف الحكم إذا اندمج المنقول فى العقار بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، هنا يفقد المنقول ذاتيته ويصبح عقاراً بالطبيعة ولا يخضع لامتياز البائع. مثال ذلك الشبابيك والأبواب التى تندمج فى البناء .

مؤدى ذلك أن حقوق الغير على المنقول تظل قائمة حتى لو أصبح عقاراً بالتخصيص لأنه يظل محتفظاً بذاتيته ، وتسقط هذه الحقوق إذا اندمج المنقول فى العقار ، كما رأينا بالنسبة لامتياز البائع ، ونفس الحكم إذا بنى شخص بأدوات مملوكة للغير واستحال نزعها من البناء دون تلف ، لم يكن له الحق فى استردادها ، ويتملكها صاحب الأرض مع دفع قيمتها والتعويض إن كان له مقتض.

٣- لا يكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص إلا إذا تم رصده للعقار من قبل نفس المالك لهما . أما المنقول الذى يندمج فى عقار فيصير عقاراً بالطبيعة ، سواء تم الاندماج بواسطة المالك أم شخص آخر كالمستأجر أو الحائز ، وسواء كان المنقول مملوكاً لصاحب العقار أم لغيره كما رأينا .

ثالثاً : زوال صفة العقار بالتخصيص :

يحتفظ المنقول بصفة العقار بالتخصيص طالما ظل مخصصاً لخدمة العقارواستغلاله ، وبناءاً على ذلك :

١- تزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص إذا زال هذا التخصيص . ونظراً لأن التخصيص يتم بارادة المالك ، فإنه يزول كذلك بهذه الارادة . وزوال التخصيص قد يتم

بعمل مادى من جانب المالك إما بوقف الاستغلال كتحويل الأرض الزراعية الى أرض بناء ، أو بفصل المنقول عن العقار واستخدامه فى أغراض أخرى . وقد يزول التخصيص بالتصرف القانونى فى المنقول دون العقار أو فى العقار دون المنقول . ويزول التخصيص كذلك بزوال منفعة المنقول للعقار ، كما لو استخدم المالك الآلات الميكانيكية فى زراعة الأرض بدلاً من الماشية فإنها تفقد صفة العقار بالتخصيص ، وتعود الى طبيعتها المنقولة .

٢- ان اعتبار المنقول المخصص لخدمة العقار واستغلاله ، عقاراً بالتخصيص أمر لا يتعلق بالنظام العام ، وانما قصد به حماية مصلحة المالك فى حسن استغلال عقاره ، لذلك رأينا أنه يملك الفصل بين العقار والمنقول والتصرف فى أيهما شاء. ويجوز للمالك أيضاً النزول عن هذه الحماية طالما كان هذا النزول غير ضار بمصالح وحقوق الغير . فيجوز للمالك أن يقبل الحجز على المنقول منفصلاً عن العقار الملحق به ، وعندئذ يحجز عليه ويباع باجراءات التنفيذ على المنقول ، وذلك ما لم يتعلق به حق للغير فى اعتباره عقاراً ، كما لو تعلق به حق الدائن المرتهن للعقار . ولا يجوز للقاضى أن يحكم بقيام التخصيص من تلقاء نفسه ، بل يتعيّن التمسك به من صاحب الشأن .

إلا أنه ينبغى ملاحظة أن تقسيم الأشياء الى عقار ومنقول وضوابط اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص أمر يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز للأفراد التعديل فى أحكام العقار بالتخصيص ، لذلك يبطل اتفاق مالك العقار مع أحد دائنيه على اعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص ، بحيث لا يكون للدائن أن يحجز عليها حجز منقول ، متى كانت هذه

المنقولات لا تتوافر فيها الشروط التى يتطلبها القانون لاعتبارها عقارات بالتخصيص .

المبحث الثالث

المنقولات Les meubles

ان كل شىء لا تتوافر له صفة العقار يعتبر منقولاً . والمنقول إما أن يكون منقولاً بطبيعته ، وإما أن يكون منقولاً بحسب المآل .

المطلب الأول

المنقولات بطبيعتها

Meubles par nature

المنقول هو كل ما ليس بعقار أى كل شىء لا يُعتبر عقاراً بطبيعته ولا عقاراً بالتخصيص . وبعبارة أخرى المنقول هو كل شىء لا تتوافر فيه صفة الاستقرار والثبات ، ويمكن نقله دون تلف ، وهو قابل للحركة والانتقال بذاته أوبقوة دافعة . ويشمل المنقول طائفتين من الأشياء :

(أ) المنقولات المادية :

وتشمل الأشياء المادية التى لها حيّز ثابت ، ويمكن نقلها بدون تلف ، وهى ذات الجسم المحسوس أو الأثر الملموس ، بغض النظر عن قيمته أو حجمه . ومن أمثلة المنقول المادى الحيوانات والملابس والكتب والآلات والبضائع والأثاث .

ويدخل فى عداد المنقولات أيضاً السيارات والسفن والمراكب ، وذلك بالرغم من أن المشرع يُخضعها ، بسبب

ارتفاع قيمتها وأهميتها الاقتصادية ، لبعض النظم الخاصة بالعقارات من حيث انتقال الملكية أو رهنها رهناً تأمينياً دون نقل حيازتها ، وخضوعها لنظام شهر معيّن وامكان تتبعها ، وعدم اخضاعها لقاعدة الحيازة فى المنقول . لا يغيّر كل ذلك من طبيعتها المنقولة ، ويفضل البعض تسميتها بالمنقولات ذات الطبيعة الخاصة .

ولا يُغيّر من وصف الشىء بأنه منقول أن يكون قد أُعد للبقاء فى مكان معيّن لا يتحرك منه ، مادام يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف ، من ذلك العوامات المخصصة للسكنى والأكشاك والمعارض المتنقلة .

وقد ثار الجدل حول موضوع اعتبار بعض الأشياء المادية منقولات بالطبيعة كالغاز والكهرباء . استقر الاتجاه الحديث على اعتبارها منقولات بالطبيعة حيث يمكن ادراكها بالحس ، ولا يؤثر فى ذلك تخزينها أو احتوائها فى أنابيب أو أشياء ثابتة فى حكم العقار . ومثالها الغازات المستخدمة فى التدفئة والانارة ، والهواء السائل ، والطاقة المنتجة ، والتيار الكهربائى. ويترتب على ذلك أن اختلاسها يخضع لحكم سرقة المنقولات.

(ب) المنقولات المعنوية :

يُعتبر من قبيل المنقولات أيضاً جميع الأشياء المعنوية التى لا تُدرك بالحس وليس لها حيّز ، ويمكن تصوّرها بالفكر والتخيّل ، وتعد محلاً للحقوق المعنوية بصفة عامة ، كالأفكار المبتدعة للمؤلفين والفنانين ، والاسم التجارى والعلامة التجارية(١) . فهذه الأشياء لا يصدق عليها وصف العقار ،

---

(١) والمحل التجارى يعتبر منقولاً معنوياً منفصلاً عن الأموال المستخدمة فى التجارة ويشمل مجموعة العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة =

ومن ثم فهى منقولات لأن كل ما عدا العقار يعتبر منقولا .

المطلب الثانى

المنقولات بحسب المآل

Meubles par anticipation

(أ) تعريف المنقول بحسب المآل :

المنقول بالمآل هو عقار بطبيعته ، فهو شيء ثابت ومتصل بالأرض أصلاً ، ولكنه يأخذ حكماً وافتراضاً وصف المنقول ، أى يُعامل كما لو كان منقولاً ، لأنه مُعد لأن يصبح كذلك فى المستقبل القريب . فالقانون يعتبر الشيء منقولاً باعتبار ما سيؤول اليه فى المستقبل رغم أنه عقار بالطبيعة فى حالته الراهنة.

ومن أمثلة المنقولات بحسب المآل : المبانى المعدة للهدم ، الأشجار المعدة للقطع ، والثمار والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن والأحجار المهيأة للاستخراج أو الاقتطاع من المحاجر أو المناجم . فهذه الأشياء ثابتة بحيّزها فى حالتها الراهنة ، إلا أنه يُنظر اليها باعتبار مآلها القريب ، وتكون فى حكم المنقولات ، وتُعامل على هذا الأساس .

والغرض من هذا الافتراض القانونى هو اخضاع هذه

= التجارية من اتصال بالعملاء وسمعة واسم وعنوان تجارى وحق فى الاجارة وحقوق الملكية الأدبية والفنية مستقلة عن المفردات المكوّنة لها ، فهو فكرة معنوية كالذمة تضم أموالاً عدة ولكنها هى ذاتها ليست هذه الأموال وترتيباً على ذلك لا يكون التصرف فى مفردات المحل التجارى تصرفاً فى المحل ذاته ولا يعتبر العقار بطبيعته أى البناء الذى يُستغل فيه المتجر عنصراً فيه ولو كان مملوكاً للمالك نفسه وهو بهذا الوصف يصح أن يكون محلاً للملكية مستقلة عن العقار القائم به . نقض ١٩/١١/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٤٢٢ .

الأشياء للأحكام الخاصة بالمنقول لأنها أبسط من تلك الخاصة بالعقار ، سواء فيما يتعلق بالتصرف أو بالتنفيذ ، وذلك تخفيفاً للقيود وتيسيراً للاجراءات التى تتخذ أو تراعى فى هذا الصدد .

(ب) شروط اعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل :

لم يضع المشرع قاعدة عامة بصدد اعتبار بعض العقارات منقولات بحسب المآل ، ولم يحدد الشروط اللازمة لذلك . ولكن المشرع أقر هذا النظام ضمناً وبصفة غير مباشرة ، حيث أورد بعض التطبيقات المتفرقة التى عامل فيها بعض العقارات المعدة للانفصال عن أصل ثباتها واستقرارها ، معاملة المنقول ، وذلك بالنظر لمآلها فى المستقبل القريب .

ومن قبيل ذلك النص على أنه لا يجوز حجز الثمار المتصلة ولا المزروعات القائمة قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوماً . وينبغى اتباع اجراءات حجز المنقول بالنسبة لها . ومن ذلك أيضاً أن المشرع يضع من بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول : امتياز المبالغ المنصرفة فى البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ، على المحصول الذى صرفت فى انتاجه . وامتياز مؤجر الأرض الزراعية بأجرتها على ما يكون موجوداً فيها من محصول زراعى(١) . عامل المشرع المحصول قبل حصاده معاملة المنقول وأجرى عليه حكمه باعتبار ما سيؤول اليه ، بالرغم من أنه يعتبر قبل حصاده عقاراً بالطبيعة .

استخلص الفقه والقضاء من تلك النصوص الخاصة

---

(١)م ٣٥٤ مرافعات ، م ١١٤٢ ، ١١٤٣ مدنى .

نظرية عامة تطبق على كل الحالات المشابهة . وعلى ذلك يُعتبر كل عقار منقولاً بحسب المال إذا كانت ارادة المتعاقدين قد اتجهت الى النظر اليه باعتبار ما سيؤول في القريب لكى يصبح منقولاً بالطبيعة . يتضح من ذلك أنه يشترط لثبوت صفة المنقول بالمآل شرطان :

١- يجب أن تكون ارادة المتعاقدين قد انصرفت الى الشئ باعتبار ما سيؤول اليه ، أى الى الحصول عليه بعد أن ينفصل عن الأرض . فالمصير المحقق للشئ هو انفصاله عن أصل ثباته واستقراره ، سواء بفعل الطبيعة ، كما فى المحصولات الزراعية ، أو باتجاه ارادة المتعاقدين حقيقة وجدياً الى فصل العقار عن الأرض ليصبح منقولاً بطبيعته ، بحيث لا يتصوّر فى ذهن المتعاقدين تمام تنفيذ العقد إلا بالحصول على الشئ بعد فصله وصيرورته فعلاً منقولاً بطبيعته .

فإذا بيع البناء دون الأرض ، على أساس أن يقوم المشترى بهدمه وأخذ أنقاضه ، فإن البيع يرد على منقول نظراً لوجود التزام على عاتق المشترى بهدمه . ولكن مجرد التصرف فى الأشياء وحدها يُعتبر وحده قرينة على إنصراف الارادة الى فصله وجعله منقولاً ، بل ينبغى أن تكون هناك ارادة مؤكدة وراء هذا الفصل . وعلى ذلك فبيع بناء دون الأرض المُقام عليها يُعتبر بيع عقار إذا لم تكن ارادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم . ونفس الحكم ، من باب أولى ، إذا تم شراء الأرض والبناء كل منهما بعقد مستقل ، حتى لو كان المشترى متردداً بين الهدم والبقاء . فلا يمكن اعتبار العقار منقولاً إلا إذا كان من المؤكد فصله عن أصل ثباته واستقراره.

٢- ينبغى أن يكون مصير الشئ هو الانفصال فى وقت قريب ، أى يكون هذا المصير وشيك الوقوع . فلا يكفى

لاعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل مجرد احتمال انفصال العقار عن أصل ثباته ، كما لو تُرك أمر تحويل البناء الى أنقاض لمحض ارادة المشترى ، وكذلك الحال إذا حُدد ميعاد بعيد للقيام بعملية الهدم . ويتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقدير المدة اللازمة للهدم .

(جـ) النظام القانونى للمنقول بحسب المآل :

يخضع الشىء الذى يُعتبر منقولاً بحسب المآل لأحكام المنقول ، أى أن تلك الأحكام هى التى تسرى على العقار الذى أُعتبر منقولاً بحسب المآل ، ويتضح ذلك مما يلى :

١- تنتقل الملكية طبقاً لأحكام المنقول . فإذا ورد البيع على شىء معيّن بالنوع ، فإن الملكية لا تنتقل الى المشترى إلا بالافراز ، كما لو تم بيع كمية من محصول أو ثمار الأرض قبل الحصاد . وإذا ورد البيع على شىء معيّن بالذات ، كبيع جميع ثمار حقل معيّن أو منزل مُعد للهدم ، انتقلت ملكيته الى المشترى بمجرد العقد ، وبغير حاجة الى تسجيل أو شهر.

٢- ان الامتياز المقرر للبائع على الشىء المبيع ضماناً لاستيفاء الثمن يُعتبر امتيازاً واقعاً على منقول حتى قبل أن يُفصل الشىء عن الأرض ويصير منقولاً .

٣- يجوز لدائنى المشترى توقيع الحجز على الشىء المُعتبر منقولاً بحسب المآل طبقاً لاجراءات الحجز على المنقولات ، وليس باجراءات التنفيذ العقارى ، حتى ولو لم يكن المبيع قد فُصل عن الأرض .

٤- لا يجوز رفع دعوى تكملة الثمن التى تُرفع فى حالة بيع عقار مملوك لشخص غير كامل الأهلية بغبن يزيد على الخمس ، لأن هذه الدعوى مقصورة على حالة بيع العقار .

٥- تختص محكمة موطن المدعى عليه بنظر المنازعات الناشئة عن العقد ، لأن موضوع النزاع حق منقول ، وتلك هى القاعدة المقررة فى الدعاوى المنقولة .

٦- لا يجوز لمشترى المنقول بحسب المآل أن يطلب حماية يده بإحدى دعاوى الحيازة ، نظراً لأن تلك الدعاوى مقررة فقط لحماية حائز العقار .

المبحث الرابع

الأموال العقارية والأموال المنقولة

تمهيد :

تنقسم الأشياء ، كما رأينا ، الى عقارات ومنقولات . وينطبق نفس التقسيم بالنسبة الى الحقوق المالية ، حيث تنقسم أيضاً الى حقوق عقارية وحقوق منقولة . فمعيار التقسيم لا يرجع الى طبيعة الحق ذاته وانما يرجع الى محله ، فإذا ورد الحق على عقار كان بدوره عقاراً ، وإذا ورد على منقول فهو حق منقول . لذا يُقال حق عقارى وحق منقول ، ويلحق هذا الوصف كذلك الدعاوى التى تحمى الحقوق ، فيقال دعوى عقارية ودعوى منقولة .

ان الحقوق الواردة على الأشياء تُعتبر حقوقاً مالية ، ويصدق عليها اصطلاح الأموال . وتنقسم الأموال بدورها الى عقار ومنقول ، فيقال مال عقارى ومال منقول .

ان وصف العقار أو المنقول يلحق الشىء محل الحق ، ويلحق هذا الوصف أيضاً الحق ، أى المال ، وكذلك الدعاوى

التى تحميه . ولذا يُقال حق عقارى أو مال عقارى ، ودعوى عقارية ، وذلك مقابل حق منقول أو مال منقول ، ودعوى منقولة .

(أ) الحقوق أو الأموال والدعاوى العقارية :

يُعتبر مالاً عقارياً كل حق عينى على عقار(١) ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار ، ويصدق ذلك على :

١- الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار ، وتشمل حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه وهى حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحقوق الارتفاق .

٢- الحقوق العينية التبعية الواردة على عقار ، وهى حق الرهن الرسمى ، وحق الرهن الحيازى ، وحق الاختصاص ، وحق الامتياز .

٣- الدعاوى التى تتعلق بحق من الحقوق العينية الواردة على عقار تُعتبر أموالاً عقارية ، مثل دعوى استحقاق العقار ، ودعوى تقرير أو زوال حق الانتفاع به ، ودعوى تقرير أو نفى أو انتهاء حق الارتفاق ، ودعوى الرهن الرسمى .

(ب) الحقوق أو الأموال والدعاوى المنقولة :

يُعتبر مالاً منقولاً كل ما ليس مالاً عقارياً ،ويصدق ذلك على:

١- جميع الحقوق العينية الواردة على منقول ، أى حق الملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى والحقوق العينية التبعية .

٢- جميع الحقوق الذهنية وهى التى ترد على أشياء غير

---

(١)م ٨٣ مدنى .

مادية ، كحق المؤلف والحق فى الاسم التجارى والعلامة التجارية ، وحقوق الملكية الصناعية ، وحق المخترع .

٣- جميع الحقوق الشخصية ، أياً كان موضوعها أو محلها ، أى سواء تعلقت بعقار أو بمنقول . وذلك كالالتزام بعمل ، كما لو التزم المهندس أو المقاول باقامة بناء ، والالتزام بامتناع عن عمل ولو تعلق بعقار كالتعهد بالامتناع عن التعرض للدائن فى انتفاعه بالعقار ، والالتزام باعطاء كالالتزام بنقل أو انشاء ملكية عقار ، وكذلك حق مشترى العقار قبل تسجيل عقده هو حق شخصى يخوّله الزام البائع بنقل ملكية العقار اليه .

٤- جميع الدعاوى العينية والشخصية المتعلقة بمنقول أو تلك التى لا تستند الى حقوق عينية عقارية ، تعتبر مالاً منقولا(١) .

(جـ) أهمية التفرقة بين الأموال العقارية والأموال المنقولة :

تترتب على التفرقة بين المال العقارى والمال المنقول عدة نتائج :

١- تختص بنظر الدعاوى العقارية المحكمة التى يقع فى

---

(١) وهناك الدعاوى الشخصية العقارية التى تستند الى حق شخصى ويُطلب بها تقرير حق عينى على عقار أو اكتساب هذا الحق ، ومن ذلك الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل ويطلب فيها الحكم على البائع بصحة التعاقد . وقد راعى المشرع هذا الازدواج فى تكوين الدعوى ومالها حينما جعل الاختصاص المحلى بنظرها معقوداً للمحكمة التى يقع فى دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه . نقض ١٩٦٣/٣/٣١ س ١٤ ص ٣٥٥.

دائرتها العقار موضوع الدعوى أو أحد أجزاءه إذا كان واقعاً فى دوائر محاكم متعددة . أما الدعاوى المنقولة فينعقد الاختصاص بنظرها لمحكمة موطن المدعى عليه .

٢- تختلف اجراءات الحجز والتنفيذ على الأموال المنقولة عن تلك الواردة على الأموال العقارية .

٣- تجوز الشفعة فى بيع الأموال العقارية ، بينما لا تجوز فى بيع الأموال المنقولة .

٤- يجب شهر التصرفات التى يترتب عليها انشاء أو نقل أو تغيير أو زوال حق عينى عقارى ، ولا يلزم شهر التصرفات المتعلقة بالحقوق الشخصية أو الحقوق العينية على المنقول .

ويخرج المشرع ، أحياناً ، على ذلك المبدأ ، كوجوب شهر عقود ايجار العقار التى تزيد مدتها عن تسع سنوات ، والمخالصات بأجرة معجلة عن مدة تجاوز ثلاث سنوات مع أن هذه المحررات تتعلق بحقوق لا تُعتبر أموالاً عقارية . ويجب شهر دعاوى فسخ أو بطلان العقد الوارد على عقار مع أنها لا تستند الى حقوق عينية عقارية . ويجب شهر دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية مع أن العقود التى تستند اليها هذه الدعاوى لا يترتب عليها سوى حقوق والتزامات شخصية . ولعل الحكمة من وراء الشهر فى مثل هذه الحالات ، هو حماية الغير .

الفصل الثانى
التقسيمات الأخرى للأشياء

المبحث الأول
الأشياء القابلة للتعامل والأشياء غير القابلة للتعامل

«كل شىء غير قابل للتعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية . والأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يُجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية»(١) .

يتضح من النص أن الأشياء الخارجة عن التعامل هى التى لا يصح أن تكون محلاً للحقوق المالية أى غير قابلة للتملك . والأصل أن الأشياء جميعاً تدخل دائرة التعامل ، ولكن هناك نوعان من الأشياء لا يصح أن تكون محلاً للحقوق المالية ، وهى الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون .

(أ) الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها :

ان الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم طبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وينتفع بها كل الناس لأن استعمالها يكون مباحاً للجميع يفيدون منها ،

---

(١) م ٨١ مدنى .

ولايحول انتفاع أحدهم بها دون امكان انتفاع الآخرين بها ، كالشمس والهواء والماء الجارى وضوء القمر ، لذلك تُسمى بالأشياء المشتركة Res communes ، ومن ثم فهى لا يمكن أن تكون محلاً لحق من الحقوق المالية .

والمقصود بعدم قابلية هذه الأشياء للتعامل هو انها لا تُصلح فى مجموعها أن تكون محلاً لحق خاص أى عدم قابليتها للحيازة والاحراز فى مجموعها على سبيل الاستئثار والانفراد . ولكن إذا أمكن الاستئثار بجزء منها عن طريق احرازه وفصله عن الشىء الأصلى ، صار هذا الجزء قابلاً للتعامل فيه ، ويكون مملوكاً ملكية فردية لصاحبه . مثال ذلك الاستيلاء على كمية من الهواء المضغوط لأغراض صناعية ، أو كمية من ماء البحر فى اناء مثلاً .

(ب) الأشياء التى تخرج عن التعامل بحكم القانون :

ان الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون هى التى لا يُجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية فى نطاق معيّن ، فهى أشياء قابلة للتعامل فيها بطبيعتها حيث يُمكن أن تكون محلاً للاستئثار والحيازة ، ولكن المشرع ، مراعاة منه لبعض الاعتبارات المتصلة بصالح الجماعة ، أخرجها عن دائرة التعامل فى حدود معيّنة ، ويتحقق ذلك فى حالتين :

١- الأشياء المخصصة للمنفعة العامة أى الأموال العامة ، وهى الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص . وذلك مثل الطرق والكبارى وشواطئ البحار والموانى والمبانى المخصصة للإدارات الحكومية ، وأماكن العبادات . فهذه الأشياء لا تُصلح أن تكون محلاً للحقوق الفردية ، ولا يجوز ، بالتالى ، التصرف فيها أو

الحجز عليها أو تملكها بالتقادم(1) . وينطبق نفس الحكم على أموال الأوقاف ، فهى لا يجوز التصرّف فيها إلا فى حال استبدال غيرها بها .

٢- الأشياء التى ينص القانون على عدم جواز التعامل فيها لاعتبارات تتعلق بالنظام العام أو الآداب ، وذلك كالمخدرات ، والعملة المزيفة ، فهذه الأشياء يبطل التعامل فيها، ولا يمكن أن تكون موضوعاً لحق ، ولا يحمى القانون حيازتها، بل انه يعاقب على هذه الحيازة .

والمشرع عندما يقرر خروج الأشياء السابقة من دائرة التعامل ، فإنه يجيز التعامل فيها فى بعض الحالات الاستثنائية ، وذلك كاستعمال المخدرات فى الأغراض الطبية واعطاء رخص لاستعمال بعض الأموال العامة .

المبحث الثاني

الأشياء العامة والأشياء الخاصة

(أ) المقصود بالأشياء العامة :

تُعتبر أموالاً عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص (2).

يتضح من ذلك التعريف أنه يُشترط فيما يُعتبر مالاً عاماً:

---

(١) م ٨٧ مدنى .

(٢) م ٨٧ مدني .. يعد من الأموال العامة بمجرد التخصيص بالفعل للمنفعة العامة الأموال المملوكة للحكومة أو الهيئات العامة . نقض ٣١/٥/١٩٨٤ س٣٥ ص١٩٣٢ .

١- أن يكون الشيء مملوكاً للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة .

٢- أن يكون الشيء مخصصاً للنفع العام . والتخصيص لمنفعة العامة إما أن يكون بالفعل ، أى بوضع الشيء وتخصيصه لاستعمال الناس كافة ومباشرة ، كالطرق والأنهار والموانى والشوارع ، وقد يكون التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ، وذلك كقيام الدولة بشق طريق أو مصرف عمومي فى أرض مملوكة لها ، أما إذا كانت الأرض مملوكة للأفراد فلا يكون تخصيصها للمنفعة العامة إلا بقرار جمهوري يصدر بنزع ملكيتها للمنفعة العامة طبقاً لقانون نزع الملكية . وكما لو تم استعمال الشيء فى أغراض عامة بواسطة هيئات تمثل الدولة أو الشخص الاعتبارى العام ، كالمبانى المخصصة للوزارات والمرافق العامة .

وتفقد الأموال صفتها العامة وتصبح من الأموال الخاصة إذا انتهى تخصيصها للمنفعة العامة . وينتهى التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذى من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة (١).

٣- والأموال العامة قد تكون عقارات ، كالأنهار والموانى والطرق والحصون والقلاع والمبانى المخصصة للمرافق والدواوين . وقد تكون منقولات كالآثار الموجودة فى المتاحف(٢) والأثاث والأدوات الموجودة فى الادارات الحكومية .

---

(١) م ٨٨ مدنى .

(٢) وتقرر محكمة النقض بأن الآثار ليست جميعاً عامة ، بل ان منها ما أنشاه الأفراد أصلاً وانتقل بالتوارث الى من خلفهم مما لا وجه معه لعدها من =

« وتلحق بالأشياء المخصصة للمنفعة العامة حقوق تقتضى المصلحة العامة تقريرها للأشخاص المعنوية العامة – باعتبارها مالكة هذه الأشياء – على أشياء مملوكة للأفراد ، وهى حقوق الارتفاق المدنية أو الادارية المقررة لمصلحة شىء من الأشياء المخصصة للمنفعة العامة على الأشياء المجاورة له كحق المرور وحق المطل وحق أخذ الأتربة لتقوية الجسور من الأراضى المجاورة لها وقيود البناء المفروضة على أصحاب العقارات الكائنة على حافة خط التنظيم والقيود التى يقتضيها جوار المنشآت العسكرية . وهذه الحقوق تعتبر أموالاً عامة بكل معنى الكلمة » .

٤– إذا كان الشىء مملوكاً للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، إلا أنه لم يخصص للمنفعة العامة ، فلا يعتبر مالاً عاماً ، بل يكون مملوكاً ملكية خاصة ، ولا يختلف حكمه عن حكم أموال الأفراد ، ويعتبر من الأموال الخاصة ويأخذ حكمها، وذلك كالأراضى الفضاء أو الأراضى الزراعية أو البور التى تملكها الدولة ، وكذلك المصانع والشركات التجارية التى تنشئها الدولة .

= المنافع العامة ، ومنها ما تملكوه بوضع اليد عليه بعدزوال تخصيصه للمنافع العامة مما يعتبر من الآثار غير المملوكة للحكومة . (نقض ١٩٤٠/٣/٧ طعن ٦١ س٩ق).

وقضت أيضاً بأن الأرض لا تعتبر أثرية إلا إذا تقرر ذلك من قبل السلطة المختص ـ ى صدر فى شأنها قرار يضفى عليها هذه الصفة ولا تعد المخاطبات الادارية المتبادلة بين جهات الحكومة قراراً محدثاً للأثر القانونى الذى يخرج أملاك الحكومة الخاصة الى ملكيتها العامة . (نقض ١٩٨٧/١٢/١٣ طعن ٧٩٨ س٤ ص ٥٤ق).

ومن ثم لا يكفى لاعتبار الأرض أثرية غير ممكن اكتسابها بوضع اليد بمضى المدة مجرد صدور قرار من مراقبة الأملاك باعتبارها كذلك ولا وصفها بأنها أثرية فى قوائم المساحة والتحديد . (نقض ١٩٧٨/٦/٢٢ س٢٩ ص ١٥٢٩).

(ب) أهمية التفرقة بين الأموال العامة والأموال الخاصة :

ان الأموال الخاصة ، سواء كانت مملوكة للأفراد أم للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، تخضع لنظام الملكية الفردية الخاصة ، وهى تدخل دائرة التعامل ، فيجوز التصرف فيها بكافة أوجه التصرف المادية والقانونية ، فيمكن لصاحبها بيعها أو تأجيرها أو استهلاكها أو هبتها ، ويجوز اكتسابها بالتقادم ، ويجوز للدائنين التنفيذ عليها .

أما الأموال العامة فتخرج عن دائرة التعامل ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ، لأن ذلك يتنافى مع تخصيصها للمنفعة العامة . أما إذا انتهى هذا التخصيص، فإنها تصبح أموالاً خاصة وتخضع لأحكامها (١).

إلا أنه في بعض الأحيان تسمح طبيعة المال بإمكان خضوعه لنوع معيّن من المعاملات دون أن يتنافى ذلك مع تخصيصه للنفع العام . مثال ذلك ترخيص الدولة للبعض بالصيد فى الأنهار والبحيرات العامة بشروط معيّنة ، وترخيص المحافظة للبعض فى شغل جزء من الطريق العام مادام ذلك لا يعطل المرور فيه ، وتأجير الدولة لمبانيها أو للمقاصف الموجودة فى دور المصالح الحكومية .

---

(١) تعتبر الآثار من الأملاك العامة ، فلا يجوز التبايع فى التمثال الأثرى ، وبيعه وشراؤه باطلان . وللحكومة أن تقاضى كل من يوجد هذا التمثال فى حيازته، مهما كانت جنسيته ، لتسترده منه بغير تعويض تدفعه له أو ثمن ترده اليه وليس له أن يحاج بنص المادة ٨٧ من القانون المدنى لأن المقرر قانوناً أن احكام تملك المنقول بالحيازة لا ترد مطلقاً على الأملاك العامة (نقض ١٦/١٢/١٩٣٧ طعن ٤٤ س٧ق).

المبحث الثالث

الأشياء القابلة للاستهلاك

والأشياء غير القابلة للاستهلاك

(أ) أساس التقسيم :

١-**الأشياء القابلة للاستهلاك** choses consomptibles ، هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أُعدت له فى استهلاكها أو انفاقها (١) ، فهى الأشياء التى لا يتم الانتفاع بها إلا باستهلاكها، لأنها لا تصلح لاستعمال متكرر ، حيث لا يمكن استعمالها دون استهلاكها .

واستهلاك الشىء قد يكون مادياً وذلك بالقضاء على مادته وافنائه ، كأكل الطعام ، واحراق الفحم والوقود ، واستعمال المنسوجات بتحويلها الى ملابس . وقد يكون استهلاك الشىء قانونياً بالتصرف فيه ، كانفاق النقود ، وبيع البضائع المعروضة فى المتاجر ، والاستهلاك هنا ليس فعلياً بل حكمياً لأن الملكية تنتقل الى الغير .

٢- **الأشياء غير القابلة للاستهلاك** choses non-consomptibles ، هى التى تقبل الاستعمال المتكرر ، حيث لا يترتب على استعمالها لأول مرة هلاكها ، بل ان ذاتيتها تبقى مع استعمالها ، حتى لو أدى هذا الاستعمال الى نقص قيمة الشىء أو هلاكه مع التكرار . مثال ذلك المنازل والأراضى والسيارات والمفروشات والملابس والآلات والكتب .

يتضح مما سبق أن أساس التفرقة بين الأشياء القابلة

---

(١) م ٨٤ مدنى .

وغير القابلة للاستهلاك يكمن فى طبيعة الشىء ذاته . ولكن ارادة الأفراد تستطيع التدخل لتغيير وصف الشىء . ويتحقق ذلك إذا خصص الشىء لاستعمال يختلف عن الاستعمال الذى أعد له بطبيعته . فالثمار والنقود قابلة للاستهلاك بطبيعتها لأن الغرض منها عادة أكلها أو انفاقها ، ولكنها إذا أعدت للعرض في معرض على أن ترد فى نهاية العرض الى مالكها ، فإنها تصبح غير قابلة للاستهلاك بحسب ما خصصت له . وقد يكون الشىء غير قابل للاستهلاك بطبيعته، كالكتب والملابس ، إلا انها تكون قابلة للاستهلاك إذا أعدت للبيع،فتكون فى هذه الحالة مخصصة للاستهلاك القانونى.

(ب) أهمية التقسيم :

١- لا تصلح الأشياء القابلة للاستهلاك أن تكون محلاً لطائفة من الحقوق العينية ، وهى الحقوق التى تخوّل صاحبها سلطة استعمال الشىء دون التصرف فيه . من ذلك حق الانتفاع ، وحق السكنى ، وحق الارتفاق . فحق الانتفاع يخوّل المنتفع استعمال الشىء واستغلاله دون التصرف فيه ، مع الالتزام برده عند انتهاء حق الانتفاع . وقد أجاز القانون الانتفاع بالشىء القابل للاستهلاك على أن يرد المنتفع بدله عند نهاية الانتفاع ، وهذا ما يسمى بشبه الانتفاع(١) .

٢- هناك بعض العقود التى لا يمكن أن ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك . فالأشياء القابلة للاستهلاك لا تصلح لأن ترد عليها العقود التى تخوّل أحد العاقدين سلطة استعمال الشىء مع الالتزام برده وذلك كعقد الايجار وعقد العارية . فالمستعير يأخذ الشىء ليستعمله على أن يرده بعد الاستعمال .

---

(١) م ٢/٩٩٢ مدنى .

المبحث الرابع

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

(أ) أساس التقسيم :

١- **الأشياء المثلية** chose fongibles ، أو المثليات هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتى تُقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن(٢) . وتسمى أيضاً أشياء معيّنة بالنوع ، وهى أشياء لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يُعتد به ، وهى متناظرة بحيث لا يكون اختيار أحدها دون الآخر محل خلاف . وهى تُقدر بالوزن كالقطن من نوع معيّن ، أو بالمقاس كالأقمشة من نوع معيّن ، أو بالعدد كالبرتقال والبيض المتقارب آحاده والمعلبات من انتاج المصانع، أو بالكيل كالحبوب من نوع معيّن .

٢- **الأشياء القيمية** chose non- fongibles ، أو المعيّنة بالذات هى لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، وذلك لتفاوت آحادها تفاوتاً يُعتد به . وذلك كالأراضى والمبانى . والشيىء يُعتبر قيمى إذا كان لا يوجد له نظير فى الأسواق ، كلوحة فنية لفنان معيّن ، أو يوجد له نظير ولكن يختلف عنه بحيث يكون اختيار أحدها دون الآخر محل خلاف ، كحيوان معيّن . فهذه الأشياء تتعيّن بذاتها ولا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن .

يتضح مما سبق أن أساس التفرقة بين الشىء القيمى والشىء المثلى يستند ، بحسب الأصل ، الى طبيعة الشىء

---

(٢) م ٨٥ مدنى .

ذاته ، أى أن معيار التفرقة هو معيار مادى . ولكن معيار التفرقة يتسم بالطابع الشخصى أحياناً حيث تكون العبرة بارادة الأفراد وقصد ذوى الشأن ، ومن ثم يختلف الأمر ، فيصبح الشىء المثلى قيمى والعكس صحيح[1] .

– قد تسبغ ارادة الأفراد على شىء مثلى بطبيعته ، الصفة القيمية أو على شىء قيمى بطبيعته الصفة المثلية . فإذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى شىء معيّن يجب الوفاء به ، حتى ولو كان من المثليات ، هنا نكون أمام أشياء قيمية بالتخصيص . كما فى حالة اعارة كتاب ورده بذاته أو اعارة عدد من النقود لتُعرض فى معرض مدة معيّنة ، أو إذا اشترى شخص كل القطن الموجود فى مخزن معيّن . هنا لا تبرأ ذمة المستعير إلا باعادة نفس الشىء الذى استعاره ، ولا تبرأ ذمة البائع إلا بالوفاء بذات القطن الموجود فى المخزن .

– وقد يصبح الشىء القيمى مثلياً بارادة المتعاقدين ، كما فى حالة قيام شركة بتقسيم أرض زراعية أو أرض معدة للبناء الى قطع متماثلة بحيث يُمكن أن يقال بأن أحادها متساوية ، هنا نكون أمام شىء مثلى بالتخصيص . فإذا تعهدت الشركة ببيع احدى القطع دون تحديد لقطعة معيّنة بذاتها ، فإن ذمتها تبرأ باعطاء أى من هذه القطع .

– وقد يتحوّل الشىء المثلى الى قيمى فى بعض الحالات :

---

(١) الأشياء المثلية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلاً منها ، والأشياء القيمية هى التى يعتبر المتعاقدان أن الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها هى عينها . وقد يكون الشىء بعينه مثلياً فى أحوال وقيمياً فى أحوال أخرى . والفصل فى كونه هذا أو ذاك يرجع الى طبيعة هذا الشىء ونية ذوى الشأن وظروف الأحوال ، فعلى أى وجه اعتبره قاضى الموضوع وبنى اعتباره على أسباب منتجة لوجهة رأيه فلا رقابة لمحكمة النقض عليه .
(نقض ١٩٣٢/١١/٢٣ طعن ٣٩ س٣ق) .

إذا تعيّب الشيء المثلى على نحو ينُقص قيمته ، إذا تم استعمال الشيء المثلى ، إذا اختلط الشيء المثلى بشيء آخر على نحو يصعب معه الفصل بينهما ، إذا تعذر الحصول على مثله لنفاذه من الأسواق وعدم وجوده .

(ب) أهمية التقسيم :

١- تنتقل ملكية الأشياء القيمية ، وتسمى الأشياء المعينة بالذات ، بمجرد العقد ، أى أنه إذا كان محل الالتزام شيئاً قيمياً يملكه الملتزم انتقلت ملكيته من المدين الى الدائن بمجرد العقد ، إلا أنه ينبغى مراعاة قواعد التسجيل بالنسبة الى العقارات . أما ملكية الأشياء المثلية ، وتسمى الأشياء المعينة بالنوع ، فلا تنتقل إلا بالافراز وتحديد ذاتيتها ، كبيع كمية معنية من القطن أو القمح من نوع معيّن .

٢- لا يرد الحق العينى إلا على شيء قيمى أى معيّن بالذات . أما الأشياء المثلية فلا يكون الحق عليها إلا حقاً شخصياً . فإذا تم بيع أرض فإن حق المشترى عليها يكون حقاً عينياً ، أما إذا كان المبيع مائة قنطار من القطن كان حق المشترى شخصياً ، فإذا تم افراز الكمية فإنها تصير عندئذ قيمية ويصبح حق المشترى عليها عينياً .

٣- إذا التزم شخص بتسليم شيء مثلى ، وهلك قبل التسليم ، فلا تبرء ذمته وعليه أن يقدم مثله ، فالمثليات لا تهلك ، حيث يوجد مثلها فى الأسواق ، ويمكن الاستعاضة عن الهالك بمثله ، لأنها تحل بعضها محل بعض فى الوفاء ، كما لو التزم شخص بتسليم عشرين أردباً من القمح الهندى ، وهلكت فى مخزنه قبل التسليم ، فإنه يلتزم بتقديم كمية مماثلة من نفس النوع والصنف . مؤدى ذلك أن هلاك الأشياء المثلية التى يعتمد عليها المدين فى تنفيذ التزامه ، لا يجعل

التنفيذ مستحيلاً مادامت هناك أشياء من نفس النوع فى السوق.

أما لو التزم الشخص بتسليم شيء قيمى كحصان مثلاً، وهلك قبل التسليم بسبب أجنبى لا يد له فيه ، فإن الالتزام ينقضى ، وتبرأ ذمة الشخص لاستحالة التنفيذ . ويترتب على ذلك أن هلاك الشيء القيمى يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً فينقضى .

٤- إذا التزم المدين باعطاء شيء قيمى ، أى معيّن بالذات ، فلا تبرأ ذمته إلا بالوفاء بذات الشيء المتفق عليه أصلاً ، ولا يجوز إجبار الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان مساوياً له فى القيمة . أما إذا كان محل الالتزام شيئاً مثلياً ، فإن المدين تبرأ ذمته بتقديم شيء من نفس النوع وبالمقدار والصنف المحددين فى العقد . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العُرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط(١) .

٥- لا تقع المقاصة إلا بين دينين موضوع كل منهما شيء مثلى ، بشرط الاتحاد فى النوع والجودة . فالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين لدائنه ، وما هو مستحق له قِبَل هذا الدائن ، لا تتم إلا إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مَثليات متحدة فى النوع والجودة . مؤدى ذلك أن المقاصة القانونية لا تقع إذا كان أحد الدينين شيئاً قيمياً . ولكن يجوز للأطراف الاتفاق على اجراء المقاصة بين دينين يختلف موضوع كل منهما ، وقد يقبل الدائن فى استيفاء حقه شيئاً آخر غير الشيء المتفق عليه(٢) .

---

(١) م ٣٤١ ، ١٣٣ مدنى .

(٢) م ٣٦٢ ، ٣٥٠ مدنى .

٦- إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، أما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالنوع وجب الوفاء به فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك(١).

المبحث الخامس

الأشياء القابلة للقسمة

والأشياء غير القابلة للقسمة

(أ) الأشياء القابلة للقسمة choses divisibles :

يكون الشىء قابلاً للقسمة إذا كان من الممكن تجزئته أو تقسيمه إلى أجزاء أو أقسام يحتفظ كل منها بجوهر الشىء الكل وخصائصه ووظيفته ، وبقيمة تتناسب مع قيمة ذلك الشىء . مثال ذلك كمية من القمح حيث تكون الأجزاء الناشئة عن القسمة مقادير من القمح تتناسب قيمة كل مقدار منها مع قيمة الكمية الاجمالية .

ان معيار القابلية للقسمة ليس معياراً مادياً محضاً لأن جميع الأشياء قابلة من الناحية الفيزيائية للقسمة ، بما فى ذلك الذرة ، ولكن المعيار ، من الناحية القانونية ، ذا طبيعة اجتماعية اقتصادية . فينبغى لاعتبار الشىء قابلاً للقسمة أن لا تفوت منفعة المقصودة منه بالقسمة ، وان يكون لكل جزء فى حدود مقداره نفس قيمة الشىء الأصلى أى تتناسب قيمة كل جزء فى حدود مقداره مع قيمة الشىء الكل . فالحصان

---

(١) م ٣٤٧ مدنى .

يقبل القسمة المادية ، إلا أنه لا يقبل القسمة من الناحية القانونية لأنه إذا تمت تجزئته أى هلاكه ، فاتت المنفعة منه ، ونفس الشيء بالنسبة لقطعة المجوهرات إذا تم تجزئتها حيث لن يكون لكل جزء منها قيمة تتناسب فى حدود مقداره مع قيمة القطعة ككل .

وتتنوع الطرق التى تحصل بها القسمة حسب طبيعة الشيء ، فبعض الأشياء تكون القسمة فيها معنوية عن طريق خط حسابى ، وبعضها تكون القسمة فيه مادية ، فالأراضى تقسم بوضع الحدود ، والمبانى تُقسم إما أفقياً عن طريق اقامة حواجز فاصلة أو عمودياً عن طريق الطوابق ، وتُقسم المنقولات الى أجزاء مستقلة . ويترتب على القسمة أن يصبح كل شريك سابق مالكاً لشيء خالص له ، ويتحوّل حق الملكية المشترك الى عدة حقوق مستقل بعضها عن بعض .

(ب الأشياء غير القابلة للقسمة choses indivisibles :

الشيء لا يقبل القسمة إذا أدت تجزئته الى فقدان كل جزء منها خصائص وجوهر الشيء الأصلى ، ولا يكون لكل منها قيمة تتناسب فى حدود مقداره مع قيمة الشيء المقسوم ، وقد عرضنا لذلك أعلاه .

ويرجع عدم قابلية الشيء للقسمة ، إما الى طبيعة الشيء أو الى القانون أو الى الاتفاق :

١- فالشيء قد لا يقبل القسمة بطبيعته ، كالآلات والحيوانات .

٢- وقد يتفق الأطراق على عدم قسمة الشيء ، فالاتفاق هنا له طابع شخصى ، ولا يغير من طبيعة الشيء وقابليته الأصلية للقسمة ، بل يقتصر على طريقة تنفيذ الأداء الذى

يكون الشيء محلاً له ، فالأداء يصبح غير قابل للقسمة بالاتفاق .

٣- وقد يكون الشيء غير قابل للقسمة بنص القانون ، كما فى الشيوع الإجبارى ، ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبيّن من الغرض الذى أُعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع .إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فانهم يُعدّون شركاء فى ملكية الأرض وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع ، وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب ... وهذه الأجزاء المشتركة لا تقبل القسمة(١) .

(جـ أهمية التقسيم :

– تبدو أهمية التقسيم بالنسبة للملكية المشتركة حيث يكون الكثير من أجزاءها غير قابل للقسمة ، كما رأينا أعلاه فى حالة الشيوع الإجبارى بنص القانون .

– ان القابلية للقسمة أمر نسبى . ويتسم المعيار السابق ذكره بالمرونة ويختلف من حالة الى أخرى ، فالشيء قد يقبل القسمة أصلاً ، إلا أنه لظروف معيّنة يصبح غير قابل للقسمة، مثال ذلك قطعة الأرض التى يتعذر قسمتها الى أجزاء نافعة بسبب موقعها وأبعادها .

– هناك بعض الأشياء المركبة من أجزاء يكون لكل جزء منها جوهر مختلف عن جوهر الشيء الكل وقيمة لا تساوى فى حدود مقدارها قيمة ذلك الشيء . مثال ذلك البيت حيث

---

(١) م ٨٥٠ ، ٨٥٦ مدنى .

يتكوّن من أبواب وشبابيك وحوائط .. إلخ . ان القابلية للقسمة هنا مردها الى المعيار السابق وليس الى هذه الأجزاء الداخلة فى تركيب الشىء .

المبحث السادس

الأشياء البسيطة والأشياء المركبة

(أ) الشىء البسيط chose simple :

يُعتبر الشىء بسيطاً ، من الناحية القانونية الفنية ، إذا كان له وجود عضوى موحد . مثال ذلك الحيوان ، وقطعة من الماس أو الخشب ، تتكوّن هذه الأشياء من عدة عناصر متحدة اتحاداً متكاملاً بحيث يترتب على انفصالها فقدان الشىء ذاتيته العملية والاقتصادية والقانونية .

ان الشىء البسيط يشكل وحدة عضوية غير قابلة للانقسام . حقاً ان كل شىء فى الحياة مكوّن من ذرات ، ويمكن تجزئته من الناحية التشريحية ، إلا أن ذلك يؤدى تحطيم جوهره . وفقدانه لذاتيته على نحو يتعارض مع وظيفته من الناحية الاجتماعية والعملية . فالحيوان يمكن تجزئته وتفتيته إلا أنه يفقد ذاتيته كوحدة عضوية متكاملة .

(ب) الشىء المركب chose composée :

يتكوّن الشىء المركب من تجميع وتلاصق عدة أشياء مادية مختلفة بعضها مع بعض ، ويمكن دائماً فصلها فيسترد كل منها ذاتيته الأولى . ومثاله السيارة والباخرة والطائرة والمنزل . فى هذه الأشياء توجد مجموعة عناصر لكل منها ذاتيته مع كونه جزءاً من كل ، ويمكن عزلها بعضها عن بعض . والشىء المركب هو من صنع الانسان ، فلا يوجد

شيء مركب بطبيعته . أما الشيء البسيط فيمكن أن يوجد بطبيعته كالحيوان أوبفعل الانسان كقطعة الماس .

وتنقسم الأشياء المركبة الى عدة أنواع :

١- أشياء مرمبة تركيباً حقيقياً ، وهي التي يكون فيها تلاصق مادي بين عناصرها التي تتركب منها ، أي أنها تتركب من أشياء يتصل بعضها ببعض اتصالاً مادياً أو آلياً ، وذلك كالآلة والسيارة والمنزل .

٢- أشياء مركبة تركيباً تصويرياً ، ويطلق عليها اسم مجموعة universalité وهي تتكوّن من عدة أشياء متجانسة منفصل بعضها عن بعض ، وترتبط فيما بينها برباط تصوري أو معنوي يترتب عليه النظر اليها ، من الناحية الاجتماعية والقانونية ، كوحدة كلية . مثال ذلك المكتبة ، المتحف ، المتجر ، قطيع الغنم . والمجموعة إما أن تكون مجموعة واقعية أو مجموعة قانونية :

* المجموعة الواقعية تضم عدة أشياء مادية ، مستقل بعضها عن بعض ، يجمع المالك بينها بهدف تخصيصها لغرض اجتماعي أو اقتصادي ، مثال ذلك قطيع الغنم ، المكتبة، المتحف .

* المجموعة القانونية تشمل عدة علاقات قانونية يجمع القانون فيما بينهما ، ومثالها التركة ، والذمة المالية ، وروكية التفليسة . فهي تتكوّن من مجموعة من الحقوق ، لذا كان وجودها معنوياً بحتاً ، بخلاف الحال بالنسبة للمجموعة الواقعية حيث يكون لها وجود مادي لأنها تتكوّن من عناصر مادية.

(جـ) أهمية التقسيم :

١- لا يُتصوّر أن يرد على الشيء البسيط سوى حق

ملكية واحد ، هذا الحق يمكن أن يشترك فيه عدة شركاء ، إلا أنه فى النهاية حق واحد . فلا يتصوّر أن يكون الحيوان مملوكاً لشخص وعظمه مملوكاً لشخص آخر . أما الشىء المركب فيمكن أن يتحمل فى نفس الوقت بعدة حقوق ملكية . فالآلة تتكوّن من عدة أجزاء يمكن أن يخص كل جزء شخصاً محدداً . والمصنع يمكن أن يمتلك أجزاءه عدة أشخاص .

٢- تضم المجموعة القانونية مجموعة من الأموال تشكل الجانب الايجابى فيها الذى يقابل الجانب السلبى ويضمنه . فكل من التركة والذمة المالية وروكية التفليسة يضم مجموعة من الحقوق والالتزامات ، وتضمن الحقوق الوفاء بالالتزامات. والقانون هو الذى ينظم تلك العلاقات القانونية ، ومن ثم فإن المجموعة القانونية هى دائماً من صنع القانون دون الأفراد . وذلك بخلاف الحال بالنسبة للمجموعة الواقعية حيث تكون دائماً من صنع الارادة الفردية ، وهى لا تضم سوى العنصر الايجابى دون عنصر سلبى مقابل .

٣- يترتب على نظرية المجموعة التوحيد بين أشياء منفصلة لايجاد كائن مستقل عن العناصر المكوّنة له ، كما هو الحال فى الذمة المالية . ولهذا التوحيد أثره البالغ من الناحيتين الاقتصادية والقانونية :

- فمن الناحية الاقتصادية ، يترتب على فقد أحد عناصر المجموعة ، أحياناً ، ليس فقط خسارة تعادل قيمة هذا العنصر، بل قد تصل الخسارة الى حد ضياع كل قيمة المجموعة . فالاسم بالنسبة للمحل التجارى هو من عناصره التى قد يؤدى فصله الى مثل هذه النتيجة .

- ومن الناحية القانونية ، فإن الواقعة التى تُغيّر فى الكيان المادى للمجموعة لا تؤثر على كيانها القانونى لأن لها

كيان مستقل عن العناصر المكوّنة لها ، ومن ثم لا يؤثر على المجموعة تغيير بعض عناصرها بالاستبعاد أو الاستبدال أو الاضافة . فالذمة المالية قائمة ولو تغيّرت عناصرها من حقوق والتزامات .

المبحث السابع

الشىء الرئيسى والشىء التبعى

إذا ارتبط شىء بشىء آخر بهدف تحقيق غاية معيّنة ، فإنه يترتب على هذا الارتباط قيام رابطة تبعية بينهما ، ويكون الشىء المتبوع شيئاً أصلياً أو رئيسياً chose principale ، ويكون الشىء التابع شيئاً فرعياً أو ملحق chose accessoire . وهذا ما يُعبّر عنه بقاعدة الفرع يتبع الأصل .

والأصل فى كل شىء أن يكون أصلياً بحسب طبيعته ، إلا أن الشىء ينقلب أحياناً الى شىء فرعى إذا أصبح تابعاً أو ملحقاً بشىء آخر ، وهناك ثلاثة أنواع من التبعية : تبعية ادماج ، تبعية تخصيص ، تبعية ثمار ومصاريف .

(أ) تبعية الادماج :

تتحقق هذه التبعية عندما يتم ادماج شىء بشىء آخر ، بحيث يصبح الشىء الذى تم ادماجه بمثابة جزء من كل ، ولا يمكن أن ينفصل عنه دون أن يترتب على ذلك الانفصال تغيير فى جوهر الشىء الرئيسى أو فى وظيفته ، ويتم الادماج بين منقول ومنقول كالصاق قطعة مجوهرات فى تاج أو قرط . وقد يتم الادماج بين منقول وعقار كالشباك فى البناء . فالشىء المندمج أو الفرعى يكون دائماً منقول بينما الشىء الأصلى أو الرئيسى قد يكون منقولاً أو عقاراً .

يترتب على الادماج أن الشىء الفرعى يتبع الشىء الأصلى ويأخذ حكمه . ان ملكية الشىء التبعى تكون كقاعدة عامة لمالك الشىء الأصلى . والتصرف فى الشىء الأصلى يتضمن أيضاً التصرف فى الشىء الفرعى . إذا كان الشىء الأصلى عقاراً فإن المنقول المندمج به يصبح هو الآخر عقاراً ويعامل على هذا الأساس .

(ب) تبعية التخصيص :

تتحقق هذه التبعية إذا تم تخصيص شىء بصفة دائمة لخدمة أو استغلال شىء آخر . فقد يُخصص منقول لخدمة عقار ، وهذا ما يُطلق عليه العقار بالتخصيص ، كالآلات الزراعية بالنسبة للأرض ، وأدوات الصناعة بالنسبة للمصنع. وقد يُخصص منقول لخدمة منقول آخر . وذلك كالسقالات والآلات بالنسبة للسفينة .

ويحتفظ الشىء التابع فى هذه الحالة بذاتيته عكس الحال بالنسبة لتبعية الادماج . ولذلك فإن التبعية هنا ليست مطلقة كما فى الحالة الأولى . فالقاعدة ان الشىء الفرعى يتبع مصير الشىء الرئيسى طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعُرف الجهة وقصد المتعاقدين ، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على انهاء التخصيص واحتفاظ المتصرف بالشىء الفرعى . أضِف الى ذلك أن التخصيص لا ينبغى أن يضر بحقوق الغير على الشىء الفرعى قبل تخصيصه . فإذا اشترى شخص آلات لخدمة مصنعه فإن ذلك التخصيص لا يؤثر فى حق امتياز البائع على تلك الآلات بالنسبة لثمنها . ويختلف الأمر بالنسبة لتبعية الادماج ، حيث يفقد البائع امتيازه على الشىء الذى باعه إذا تم ادماجه فى العقار .

(جـ) تبعية الثمار والمصاريف :

١- **الثمار** هى كل ما ينتج بصفة دورية عن الشىء دون أن ينقص من أصله . وقد ينتج ذلك بصفة طبيعية ككلأ المراعى ونتاج المواشى ، وتلك هى الثمار الطبيعية . وقد يتم الانتاج بصورة صناعية أو مستحدثة بفعل الانسان كالصيد ومحصول الأرض الزراعية ، وتلك هى الثمار الصناعية . وقد يتم الانتاج بصورة مدنية من خلال استغلال الشىء بأحد الأعمال القانونية كأجرة الأراضى والمبانى وفائدة رأس المال ، وتلك هى الثمار المدنية.

والقاعدة أن مالك الشىء يمتلك ثماره ما لم يوجد نص أو اتفاق مخالف .

واستغلال الشىء يكون بالحصول على ثماره التى يصلح لانتاجها كزراعته أو تأجيره للغير والتصرف فى منافعه كبيع الثمار أو الغلة وما الى ذلك .

ويلتزم الغاصب أو الحائز بسوء نية برد كل الثمار التى تنتج عن الشىء سواء تلك التى قبضها أو قصر فى قبضها اهمالاً منه . أما الحائز حسن النية فيكون له الحق فى الثمار التى فُصلت عن الشىء وقبضها بالفعل .

٢- **المصاريف** : هى كل ما يُنفق على الشىء فيُعتبر تابعاً به . فالأصل أن المالك هو الذى يتولى الانفاق على ملكه ، ومن ثم لا تثور صعوبة فى هذا الصدد . ولكن يحدث أحياناً وجود الشىء فى يد غير المالك أى فى حيازة شخص آخر ويتولى الانفاق عليه . هذا الانفاق يتمثل فى ثلاثة أنواع من المصاريف : ضرورية ، نافعة ، كمالية . ويثور التساؤل على ما يجب على المالك دفعه الى من قام بتلك المصاريف .

على المالك الذى يُرد اليه ملكه أن يؤدى الى الحائز جميع

ما أنفقه من المصاريف الضرورية . أما بالنسبة للمصاريف الكمالية ، فليس للحائز أن يطالب بشىء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشىء الى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الازالة .

أما بالنسبة للمصاريف النافعة وهى تلك التى تؤدى الى زيادة منفعة الشىء أو زيادة غلته . إذا كان الحائز سىء النية كان المالك بالخيار بين أمرين : إما طلب ازالة ما نجم عن هذه المصاريف ، وإما طلب استبقائه مقابل دفع أقل القيمتين : قيمة الأشياء مستحقة الازالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الشىء الأصلى بسبب هذه المصاريف . أما إذا كان الحائز حسن النية فلا يجوز للمالك أن يطلب الازالة ، وانما يكون بالخيار بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمال وبين أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الشىء الأصلى بسبب هذه المصاريف (١).

المبحث الثامن

الأشياء الحاضرة والأشياء المستقبلة

الأصل أن يكون الشىء محل الحق موجوداً ، أى حاضراً وقت التعاقد فى ذمة المدين . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون محل الحق شيئاً مستقبلاً . فيجوز أن يكون محل الالتزام غير موجود وقت التعاقد إذا كان ممكن الوجود فى المستقبل ، أى أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا(٢).

---

(١) م ٩٨٠ ، ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى .

(٢) م ١/١٣١ مدنى .

والتزام المدين فى العقود الزمنية هو أمر مستقبل لأن تحققه منوط بالزمن ، مثال عقد ايجار منزل لمدة سنة ، حيث يكون التزام المؤجر بتقديم المنفعة وحق المستأجر بالانتفاع بالعين أمراً مستقبلاً . ومن ثم لا يتم تنفيذ الالتزام أو استيفاء الحق إلا بالتدريج .

وهناك نوعان من الأشياء المستقبلة :

١- أشياء مستقبلة بصورة نسبية ، وهى التى تكون موجودة فى الواقع بالفعل ، إلا أنها لا توجد فى ذمة المدين بها أو من يأمل الحصول عليها ولكنها موجودة فى ذمة شخص أو أشخاص آخرين . كمن يتعهد بتوريد كمية من الفاكهة سيقوم بتجميعها من المزارعين فى منطقة معيّنة .

٢- أشياء مستقبلة بصورة مطلقة ، وهى التى لا توجد فى الواقع ولكن يمكن أن توجد فى المستقبل ، كمنزل لم يُبنَ بعد أو صورة ستُرسم ، أو مصنف لم يتم تأليفه ، والثمار الطبيعية التى لم تنضج بعد .

ومن المقرر أن التصرف القانونى الوارد على شىء مستقبل يكون صحيحاً ، كبيع ثمار الحديقة قبل نضجها ، وبيع نتاج الماشية قبل وقوعه . وبيع الشقة أو تأجيرها قبل الانتهاء من تشييدها . والتعهد بتوريد سلعة معيّنة يُنتجها المصنع فى المستقبل . على أنه إذا لم يوجد الشىء فى المستقبل فإن العقد يُفسخ بعد أن يكون قد انعقد فعلاً .

وإذا كان القانون قد أجاز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا فإنه لا يُجيزه فى بعض الصور ، مثل عدم جواز رهن المال المستقبل أو هبة الأموال المستقبلة . وقد حرم

القانون كذلك التعامل فى التركات المستقبلة ، فإذا باع الوارث ما سوف يؤول اليه من التركة بعد وفاة مورثه فإن مثل هذا التصرف يكون باطلاً لأنه ينطوى على المضاربة على حياة شخص حى وهو ما يتعارض مع النظام العام والآداب .

وينبغى ملاحظة أن التصرف الوارد على شىء مستقبل لا تترتب عليه آثار عينية . فمن يشترى شيئاً مستقبلاً لا يكتسب ملكيته إلا إذا وُجد ذلك الشىء ومن وقت وجوده أى بدون أثر رجعى .

الباب الرابع
ميلاد الحق وحمايته

الفصل الأول
ميلاد الحق

يقتضى التعرّف على ميلاد الحق بيان مصادره ، وتتمثل فى الوقائع والتصرفات القانونية . لذا نعرض على التوالى لكل من : مصادر الحق ، أنواع الوقائع والتصرفات القانونية.

المبحث الأول
مصادر الحق

(أ) المقصود بمصدر الحق :

يستند الحق فى وجوده الى القانون ، ان القانون هو مرد كل الحقوق ، لأنه هو الذى ينظم أحكامها ويبيّن طرق حمايتها. وانطلاقاً من ذلك المعنى يقُال بأن القانون هو مصدر كل الحقوق .

والأصل أن القانون لا يتدخل مباشرة لترتيب حق من الحقوق ، بل يستند الى وقائع أو أحداث معيّنة ويرتب على تحققها وجود الحق . يواجه القانون فروضاً عامة مكوّنة من أركان وشروط معيّنة ، يؤدى توافرها الى ميلاد الحقوق . يتضح من ذلك أن الحق له مصدران : مصدر غير مباشر وهو القانون ، ومصدر مباشر وهو الحدث أو الأمر الذى يرتب عليه القانون ميلاد الحق . فالقانون هو المصدر غير المباشر أو البعيد لكل الحقوق ، أما الوقائع أو الأحداث أو الأعمال التى يرتب القانون على تحققها وجود الحق فتعد المصادر المباشرة أو القريبة للحق .

والجدير بالذكر أن المصادر المباشرة للحقوق لا تقتصر

على انشاء الحق فحسب ، بل تمتد كذلك الى نقله أو تغييره أو انقضائه . فالقانون يرتب على الوقائع التى يعينها آثاراً قانونية معيّنة . والأثر الذى يرتبه القانون على حدوث الواقعة قد يكون نشوء حق جديد ، أو انقضاء حق قائم ، أو انتقال هذا الحق من شخص الى آخر . لذلك فإن الواقعة القانونية تعتبر المصدر المسبب أو المباشر للحق ، وتعتبر ، أيضاً طريقاً لانقضاء الحق أو لانتقاله .

ويمكن حصر المصادر المباشرة للحق فى طائفتين أساسيتين : الوقائع القانونية والتصرفات القانونية .

(ب) الواقعة القانونية والتصرف القانونى :

١- **الواقعة القانونية** **fait juridique** هى كل عمل أو حدث مادى يرتب القانون عليه أثراً معيناً . والأثر الذى يرتبه القانون على الواقعة بصفة عامة هو انشاء حق جديد أو نقله من شخص الى آخر أو زواله . وهذه الواقعة إما أن تكون طبيعية أى تحدث دون أن يكون للانسان أى دخل فى حدوثها ، وإما أن تكون من فعل الانسان . ومن أمثلة الوقائع الطبيعية واقعة الميلاد حيث يرتب القانون عليها نشوء حق الطفل فى النسب الى أبيه وفى الانفاق عليه . وكذلك واقعة الوفاة حيث يترتب عليها ثبوت الحق فى الارث أى انتقال الأموال بالميراث.

وهناك الواقعة التى تحدث بفعل الانسان ويرتب القانون عليها آثاراً معيّنة بغض النظر عن ارادة صاحبها ، مثال ذلك الفعل الضار أو العمل غير المشروع ، فهو عمل مادى يأتيه الانسان يرتب عليه القانون أثراً معيناً هو ثبوت الحق فى التعويض للمضرور من هذا العمل ، ولو لم تقصد ارادة مرتكب الفعل هذا الأثر ، فالقانون يرتب الأثر على مجرد الفعل دون النظر لارادة صاحبه .

٢- أما **التصرف القانونى** **acte juridique** فهو عمل ارادى محض ، تتجه فيه الارادة الى إحداث أثر قانونى معيّن ، يتمثل هذا الأثر فى انشاء أو تعديل أو نقل أو انهاء حق من الحقوق . مثال ذلك العقد والتصرف القانونى بالارادة المنفردة . فعقد البيع مثلاً يولد للبائع حقاً فى قبض الثمن وللمشترى حقاً فى تسلم المبيع ونقل ملكيته اليه . والوصية تصرف قانونى من جانب واحد تنشىء للموصّى له حقاً فى الموصى به .

٣- يتضح مما سبق أن **معيار التفرقة** بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى يكمن فى الارادة ، من حيث وجودها ودورها ، فالارادة هى جوهر التصرف القانونى ، ولا يمكن أن يوجد بدونها . أما الواقعة القانونية فيمكن أن توجد دون وجود الارادة مطلقاً ، كما هو الحال فى الوقائع الطبيعية، كواقعة الوفاة مثلاً . وإذا وجدت الارادة فى الواقعة القانونية ، فإن دورها يقتصر على مجرد إتيان العمل المادى المكوّن لهذه الواقعة دون الآثار القانونية المترتبة عليها ، فالقانون هو الذى يتولى ترتيب هذه الآثار بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الارادة الى هذا الترتيب .

مؤدى ذلك أن التصرف القانونى عمل ارادى محض ، فالارادة هى جوهره لأنها تتجه الى ايجاده ، بحيث لا يُتصوّر وجوده بدونها ، وهى التى تحدد الآثار المترتبة عليه . أما الواقعة القانونية فهى حدث مادى يقع دون تدخل الانسان أو بفعله ، ويرتب القانون عليه أثراً معيناً بغض النظر عن وجود الارادة من عدمه ، وسواء اتجهت الارادة الى ذلك أم لم تتجه .

(جـ) أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية :

ان ثمرة التمييز بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى لا تكمن فقط فى قيمتها العلمية والنظرية ، بل تنطوى أيضاً على جانب كبير من الأهمية العملية :

١- تؤدى هذه التفرقة الى حصر مصادر الحقوق المختلفة وتصنيفها الى طائفتين رئيسيتين ، واخضاع كل طائفة لقواعد وأصول كلية واحدة . وعلى ذلك تختلف القواعد القانونية المنظمة لكل طائفة . فالتصرف القانونى قوامه الارادة، ومن ثم فإنه ينفرد ببعض القواعد دون الواقعة القانونية . فالقواعد القانونية المنظمة للتصرف القانونى تدور كلها حول الارادة باعتبارها جوهر لهذا التصرف . تنظم هذه القواعد وجود الارادة والتعبير عنها وشروط صحتها من حيث اكتمال أهلية من صدرت عنه أو من حيث سلامتها من العيوب . وكذلك اشتراط مشروعية محل وسبب الالتزام . وقد يستلزم القانون اتباع شكل معيّن لكى تترتب على الارادة الآثار التى اتجهت لإحداثها ، مثل الهبة حيث يجب أن تُحرر رسمياً بمعرفة الموثق .

٢- تبدو أهمية التفرقة كذلك فى مجال الاثبات ، حيث أطلق المشرع طرق اثبات الواقعة ، بينما قيّد طرق اثبات التصرف . فالقاعدة فى اثبات التصرف القانونى هى اشتراط الكتابة ، بينما يجوز اثبات الوقائع القانونية بكافة طرق الاثبات، كشهادة الشهود والقرائن . فمن اليسير اعداد دليل كتابى مقدماً عند ابرام التصرف وقبل أن تثور أى منازعة بشأنه لأنه عمل ارادى يتم عن قصد وتدبر ، ويقوم أطرافه عادة بكتابته . ويصعب ذلك بالنسبة للواقعة القانونية لأنها

تقع غالباً دون سبق اعداد أو توقع ، لذا يستحيل اشتراط نوع معيّن من الأدلة لاثباتها . فلا يتصوّر أن نطلب من المضرور الذى يطالب بالتعويض عن العمل غير المشروع اثبات هذا العمل بالكتابة ، بل يجوز له اثبات ذلك بكافة الطرق كالشهادة وغيرها .

المبحث الثانى

أنواع الوقائع القانونية

رأينا أن الواقعة القانونية هى فعل أو حدث مادى يرتب القانون على مجرد وقوعه أثراً معيناً ، بصرف النظر عن وجود الارادة من عدمه ، وان وجدت فلا عبرة لاتجاهها أو عدم اتجاهها لإحداث هذا الأثر .

والوقائع القانونية ، بهذا التحديد ، تنقسم الى نوعين : وقائع طبيعية ، ووقائع اختيارية .

(أ) الوقائع الطبيعية :

اعتاد الفقه على تعريف هذه الوقائع بأنها تلك التى تحدث بفعل الطبيعة fait de la nature ، دون أن يكون للانسان دخل فى حدوثها . ولا نأخذ بذلك التعريف القائم على نظرة وجودية وفلسفة إلحادية ، ذلك أن الطبيعة لا تفعل شيئاً بل هى من خلق الله الواحد الأحد ، ولا يقع شىء فى الوجود دون ارادته وعلمه . لذا نرى أن هذه الوقائع تحدث بفعل وارادة اللّه جلّ شأنه دون أن يكون للانسان أى دور فى إحداثها . يرتب القانون على هذه الوقائع بعض الآثار القانونية ، فتكون فى كثير من الأحيان سبباً فى اكتساب الحقوق أو فى انقضائها .

ومن أمثلة ذلك : الميلاد يترتب عليه بداية الشخصية

واكتساب المولود حقوقاً معينة . الموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وانتقال أمواله الى الورثة . الزلازل والفيضانات والصواعق قد تعتبر قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه . الأرض التى تتكوّن من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية تكون ملكاً للملاك المجاورين عن طريق التصاق (الالحاق) . مرور الزمن هو الفيصل فى حساب الأيام والسنين كوسيلة لتنفيذ الالتزام فى بعض العقود ، وتملك العقار بالتقادم ، وبلوغ سن الرشد .

(ب) الوقائع الاختيارية :

وتسمى الوقائع الاختيارية faits volontaires لأنها تحدث بفعل الانسان faits de l'homme ، أى تتدخل ارادته فى حدوثها . وهى أعمال مادية تصدر عن الانسان ، فيرتب عليها القانون آثاراً معينة بصرف النظر عن نية من صدر عنه الفعل ، أى سواء قصدت تلك الآثار أم لم تقصد ، فالعبرة بالفعل المادى .

وهذه الوقائع قد تكون مصدراً للحقوق العينية أو الحقوق الشخصية ، وقد تكون مصدراً لانقضاء الحقوق أو انتقالها . ونعرض لأهم تلك الوقائع :

١- **الفعل النافع** : أو الاثراء بلا سبب ، ويعنى أنه إذا أثرى شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع ، فإن من أثرى يلتزم بأن يرد لمن افتقر من جراء هذا الاثراء قدر ما أثرى به فى حدود ما لحق المفتقر من خسارة (١).

---

(١) ومن المقرر انه حيث تقوم بين طرفيّ الخصومة رابطة عقدية ، فلا قيام لدعوى الاثراء بلا سبب بل يكون العقد وحده هو مناط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبلَ الآخر إذ يلزم لقيام هذه الدعوى الا يكون للاثراء الحادث أو للافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبرره (نقض ١٩٧٣/٤/٣ س٢٤ ص٥٥٩).

ويبقى هذا الالتزام قائماً ، ولو زال الاثراء فيما بعد . مثال ذلك تلقى وفاء من الغير بما يظن انه مدين به للموفى له . رجوع الوارث على باقى الورثة بما يخصهم من الدين الذى وفاه عن التركة .

ومن تطبيقات الاثراء بلا سبب : دفع غير المستحق والفضالة . يقصد بدفع غير المستحق قيام شخص بوفاء دين غير مستحق عليه ، ويلتزم من يتلقى الوفاء بأن يرد ما تلقاه الى من وفّى به ، لأن فى احتفاظه بما تلقاه اثراء بلا سبب على حساب غيره (١). أما الفضالة فهى أن يتولى شخص عن قصد ، ودون أن يكون ملزماً بذلك ، شأناً عاجلاً لحساب شخص أخر ، حيث يقوم الشخص بأعمال عاجلة وضرورية لحساب ومصلحة شخص أخر دون أن يكون ملزماً بذلك فيرتب القانون فى هذه الحالة التزام من تمت لحسابه الأعمال بتعويض من قام بها (الفضولى) عما تكلفه فى ذلك.

٢- **الفعل الضار** ، ذلك أن كل من يرتكب خطأ يلتزم بتعويضِ المضرور عما لحقه من أضرار بسبب ذلك الخطأ . وهذا ما يسمى بالمسئولية التقصيرية . فأى فعل ضار متى

= إذا كان الثابت أن الطاعن -المقاول- اقام دعواه بطلب الحكم بالزام المطعون عليه بقيمة المبانى على أساس انه أقامها لصالحه على أرض مملوكة له دون أن توجد بينهما رابطة عقدية ، وهو ما يخولّه اثبات هذه الواقعة المادية بكافة الطرق حتى لا يثرى المطعون عليه على حسابه بلا سبب فإن مفاد ذلك أن الطاعن لايستند الى عقد مقاولة كسبب لدعواه بل يستند فى ذلك أصلاً الى أحكام الاثراء بلا سبب (نقض ١٦/٣/١٩٧٦ س٢٧ ص٦٦٢).

(١) الغلط فى القيمة الايجارية يُبطل العقد فيما زاد عن حدها المسموح به قانوناً ، ويكون دفعه بغير حق يوجب استرداده باعتباره اثراء على حساب الغير (نقض ١١/٣/١٩٧٤ س٢٥ ص٤٨٨).

توافرت بالنسبة له شروط معيّنة ، يُرتب التزاماً على عاتق مرتكبه بتعويض المضرور . فمن يتسبب فى اصابة شخص ، سواء عن عمد أو باهمال ، يلتزم بتعويضه ، أى أنه ينشأ للمضرور حق فى التعويض بسبب الواقعة القانونية الاختيارية المتمثلة فى الفعل الضار .

٣- وقائع أخرى : وهناك الكثير من الوقائع القانونية التى يرتب القانون عليها اكتساب أو انقضاء الحقوق الشخصية والعينية . فواقعة القرابة قد تكون سبباً فى نشوء الحق فى النفقة . وواقعة الجوار قد تكون سبباً فى الحق فى الشفعة . والبناء أو الغراس الذى يقيمه شخص بمواد من عنده فى أرض غيره يتملكه صاحب الأرض . ويسقط حق الدائنية إذا سكت الدائن عن المطالبة به مدة معيّنة .

وكذلك الحال بالنسبة لاكتساب الحقوق عن طريق الحيازة ، فوضع اليد على الشىء بنية تملكه مدة معيّنة يؤدى الى اكتساب ملكيته ، والاستيلاء على منقول لا مالك له يترتب عليه اكتساب ملكيته . والحيازة فى المنقول المستندة الى سبب صحيح والمقترنة بحسن نية تؤدى الى اكتساب ملكيته أو الحق العينى عليه فى الحال .

المبحث الثالث

التصرف القانونى

نعرض على التوالى لآثار التصرف القانونى ، ثم نبيّن أنواعه وشروط صحته .

المطلب الأول
آثار التصرف القانونى

يقتضى بيان آثار التصرف القانونى تحديد دوره ، ثم الحديث عن مبدأ سلطان الارادة .

الفرع الأول
دور التصرف القانونى

رأينا أن التصرف القانونى عبارة عن ارادة محضة ، فهو عمل قانونى تتجه فيه الارادة الى إحداث أثر قانونى معيّن ، هذا الأثر تتعدد صوره وأنواعه ، لذا تتضح أهمية التصرف القانونى من خلال الدور المنوط به .

١- التصرف القانونى يعد مصدراً من مصادر الحقوق ، فهو قد يُنشىء الحقوق الشخصية ، وقد يُكسب الحقوق العينية .

فالبيع مثلاً ، تصرف قانونى يتم بالتقاء ارادتين ، يُعد مصدراً لحق البائع فى قبض الثمن وحق المشترى فى تسلم المبيع ونقل ملكيته اليه . والتصرف القانونى بالارادة المنفردة قد ينشىء أيضاً حقاً عينياً ، فالوعد بجائزة يُنشىء حقاً شخصياً لمن يقوم بالعمل المتعلق به الوعد ، كما أن ارادة الموصى وحدها، تنقل المال الموصى به الى ملك الموصى له بمجرد وفاة الموصى .

٢- والتصرف القانونى قد يكون سبباً لانقضاء الحقوق . فالحق الشخصى ينقضى بابراء الدائن مدينه . والابراء تصرف يتم بارادة الدائن وحده . والحق العينى ينقضى

بالنزول عنه ، فللمنتفع مثلاً ولصاحب حق الارتفاق أو حق الرهن أن يتنازل عن حقه بارادته المنفردة .

٣- والتصرف القانونى قد يترتب عليه نقل الحق أو تعديله . فالحقوق الشخصية يمكن نقلها عن طريق الحوالة ، وهى اتفاق أو تصرف قانونى بين الدائن وشخص آخر على أن ينقل به ما له من حق فى ذمة المدين . وقد يتم استبدال الحق بحق آخر عن طريق التجديد .

٤- وقد يُستخدم التصرف القانونى كوسيلة لتأكيد حق ثابت أصلاً وجعله باتاً غير قابل للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، وقبول المنتفع الاستفادة من الاشتراط المقرر لمصلحته ، وهو فى الحالين تصرف بارادة منفردة .

٥- وقد يكون التصرف القانونى وسيلة لتأكيد وجود العقد ، كاجازة العقد القابل للابطال ، فالتصرف وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للابطال عن طريق الاجازة ممن شُرع الابطال لمصلحته . فإذا وقع أحد المتعاقدين فى غلط دفعه الى التعاقد، كان له الحق فى طلب ابطاله أو اجازته، والاجازة تصرف قانونى بارادة منفردة يترتب عليها تصحيح العقد .

٦- وقد يترتب على التصرف القانونى تغيير الوصف الذى يتصرف بمقتضاه الغير . فبيع ملك الغير لا ينفذ فى مواجهة المالك إلا إذا أقره ، فالاقرار تصرف بارادة منفردة يترتب عليه نفاذ العقد . واقرار رب العمل تصرف الفضولى يحول الفضولى فى هذا الشأن الى وكيل .

٧-وقد يترتب على التصرف القانونى انشاء شخص اعتبارى . فارادة الواقف تنشىء الوقف كشخص معنوى . والمؤسسات الخاصة تنشأ بارادة صاحبها المنفردة ، إما حال حياته بسند رسمى ، وإما بعد وفاته عن طريق الوصية .

٨- ولا يقتصر دور التصرف القانونى على دائرة القانون المدنى أو القانون الخاص ، كما فى الأمثلة السابقة ، بل يلعب دوراً لا يقل أهمية فى مجال القانون العام . ومن أمثلة التصرفات القانونية فى نطاق القانون العام الداخلى : التشريع ، اللوائح ، القرارات الادارية ، الأحكام القضائية . وفى مجال القانون الدولى نجد المعاهدات والاعتراف بالدول والحكومات الجديدة . ولا شك أن كل تلك التصرفات ترتب آثاراً قانونية مختلفة ، فيما يتعلق بانشاء الحقوق أو تعديلها أو تأكيدها .

الفرع الثانى

مبدأ سلطان الارادة

Principe de l'autonomie de la volonté

الارادة هى قوام التصرف القانونى ، وبدونها لا يقوم للتصرف قائمة ، فهى جوهره وأساسه ، لأنها هى التى تنشئه وهى التى تحدد مضمونه وآثاره ، وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الارادة . ولهذا المبدأ وجهان متقابلان : كفاية الارادة لانشاء التصرف القانونى ، حرية الارادة فى تعيين الآثار التى تترتب عليه وتحديد مضمونه .

(أ) كفاية الارادة لانشاء التصرف القانونى :

يترتب على مبدأ سلطان الارادة أن تكون الارادة وحدها كافية لانشاء التصرف القانونى دون اشتراط اجراء أو شكل خاص ، أى يكفى حدوث التراضى أو اتفاق الارادتين حتى ينعقد العقد مثلاً ، ولا يلزم توافر شكل معيّن يفرغ فيه تراضى الطرفين ، بل لهما الحرية فى كيفية التعبير عن

الارادة . ويُعبّر عن ذلك بقاعدة الرضائية . ومؤدى ذلك المبدأ أيضاً أن الفرد يتمتع بالحرية التعاقدية أى حريته فى أن يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد ، وأن يُنشىء من العقود ما يشاء . وهذا هو المبدأ السائد ، كقاعدة عامة ، فى القانون المعاصر ، ولكن هذا المبدأ ليس مطلقاً . فقد يستلزم المشرع ، أحياناً شكلية معينة بالنسبة لعدد معين من العقود ، بحيث لا ينعقد العقد إلا بتوافر الشكل المطلوب . فلا يكفى أن ينعقد التصرف بالارادة ، بل لا بد من صياغة الارادة فى شكل معيّن ، بحيث يُعتبر الشكل ركناً فى التصرف لا يقوم بدونه .

وتتمثل الشكلية غالباً فى الكتابة الرسمية أو العرفية . مثال ذلك هبة العقار ، والرهن الرسمى ، وفيهما يتطلب القانون لانعقاد العقد أن يتم بورقة رسمية بواسطة موظف رسمى مختص هو الموثق . وقد تكون الكتابة المطلوبة عرفية كما هو الشأن بالنسبة لعقد الشركة المدنية . وقد يكون الشكل المطلوب تسليم الشىء محل التصرف ، كما فى العقود العينية ، حيث لا ينعقد العقد إلا بتسليم الشىء الذى تم التعاقد عليه ، كما هو الشأن بالنسبة للهبة فى المنقول .

والشكلية على النحو السابق ضرورية لانعقاد التصرف ، ولا يغنى عنها اجراء آخر ، ولا ينعقد العقد بدونها . وهى تختلف عن حالة تطلب شكل معيّن ، كالكتابة ، لاثبات التصرف القانونى . حيث تكون الكتابة لازمة لاثبات التصرف فقط ، ولا تكون ركناً فيه . فإذا لم يُكتب التصرف ، فإنه يقوم وينعقد صحيحاً ، وكل ما هنالك أنه قد يصعب اثباته ، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق الاقرار أو اليمين .

(ب) سلطة الارادة فى تحديد مضمون التصرف وآثاره :

تتمتع الارادة بحرية تحديد التصرف القانونى ، وتحديد

ما يتولد عنه من آثار قانونية ، دون التقيد بالآثار التى يرتبها المشرع على نوع معيّن من التصرفات . ويكون للارادة حرية تعديل هذه الآثار أو استبعادها . ويجب تنفيذ التصرف وآثاره كما حددته الإرادة المنشئة له دون تغيير . فإذا ما تم ابرام العقد ، فإنه يُعتبر شريعة المتعاقدين ، ولا يجوز تعديله أو انهاؤه إلا بالاتفاق .

ولكن مبدأ سلطان الارادة – الذى يُعد من نتائج المذهب الفردى ، تعرض ، فى العصور الحديثة ، لكثير من الانتقادات، أمام تقدم المذهب الاجتماعى ، وظهور التطورات الاقتصادية والسياسية المعاصرة . أدى ذلك الى تراجع المبدأ من خلال القيود والاستثناءات التى وردت عليه ، ولعل أهمها:

– فمن الناحية الاقتصادية ، لم يعد مقبولاً القول بتساوى الأفراد فى المركز الاقتصادى وحريتهم بالتالى ، فى التعاقد ، وأصبح من الضرورى تدخل المشرع لتنظيم العقود التى يكون فيها أحد الأطراف ضعيفاً لضمان حقوقه فى مواجهة الطرف الآخر ، حتى يمكن اقامة التوازن ومنع الاحتكار أو الاستغلال . مثال ذلك عقد العمل وعقد الايجار ، حيث يتدخل المشرع بقواعد آمرة لتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر ، وبين العامل وصاحب العمل .

– ومن الناحية الاجتماعية ، لم يعد يُسمح للأفراد بالاتفاق أو بالتعاقد على أشياء أو أعمال تتعارض مع النظام العام والآداب أو مقتضيات الخطة الاقتصادية أو المصلحة العامة للجماعة ، فالصالح العام يعلو المصلحة الفردية . مثال ذلك حظر استيراد بعض السلع أو التعامل فيها ، وتحديد أسعار بعض المنتجات والخدمات .

– ومن الناحية الواقعية ، أباح المشرع للقاضى ، أحياناً ،

تعديل العقود وتغيير ما حددته الارادة من أحكام . كما هو الحال فى حالة الظروف الطارئة ، وعقود الاذعان . حيث يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، تعديل شروط العقد ، واعادة التوازن بين أطرافه تحقيقاً للعدالة .

– وقد يشترط المشرع ، لنفاذ التصرف أو ترتيب بعض آثاره ، القيام باجراء من اجراءات الشهر والعلانية ، كالتسجيل أو القيد فى السجل العقارى ، وذلك لتحقيق الحماية لأحد الأطراف ، أو اعلام الغير ، أو استقرار المعاملات.

المطلب الثانى

أنواع التصرف القانونى وأقسامه

يتنوع التصرف القانونى تنوعاً كبيراً ، وينقسم اقساماً عدة بتعدد الأوجه التى يُنظر اليه من خلالها . ونشير فيما يلى ، بايجاز الى أهم تلك الأنواع والتقسيمات .

(أ) التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين :

ينقسم التصرف القانونى من حيث تكوينه الى تصرف صادر من جانب واحد ، وتصرف صادر من جانبين أو أكثر .

– فالتصرف الصادر من جانب واحد acte unilateral ، يتم بارادة منفردة ، حيث يكفى لقيامه وجود ارادة واحدة ، تتجه من خلاله الى ترتيب أثر قانونى معيّن . وقد يكون هذا الأثر انشاء التزام (حق شخصى) كما فى الوعد بجائزة ، أو تأكيد الحق الشخصى ، كابداء المنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشتراط لمصلحته ، أو انهاء هذا الحق ، كابراء الدائن لمدينه . وقد يتمثل هذا الأثر فى تأكيد وجود عقد ، كاجازة العقد القابل للابطال ممن تقرر البطلان لمصلحته . وقد يتمثل الأثر

فى انهاء العقد ، كعزل الوكيل ، أو نفاذ العقد فى حق شخص معيّن ، كاقرار المالك فى بيع ملك الغير . وقد يكون التصرف من جانب واحد سبباً لانشاء حق عينى ، كالوصية ، أو سبباً لانهائه ، كالنزول عن حق رهن أو حق ارتفاق .

– أما التصرف الصادر من جانبين فهو عمل اتفاقى acte conventionnel يتم بتوافق ارادتين أو أكثر على انتاج أثر قانونى معيّن ، وهو ما يعرف باسم العقد ، مثل البيع والايجار والمقاولة . والأصل فى العقد أن يكون ملزماً للجانبين ، أى ينشىء التزامات متبادلة على عاتق كل طرف من طرفىّ العقد . مثل عقد البيع ، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه الى المشترى ، ويلتزم المشترى بدفع الثمن للبائع . ولكن هناك بعض العقود الملزمة لجانب واحد ، فلا تنشىء التزامات إلا على عاتق طرف واحد فقط من طرفىّ العقد ، مثل الهبة ، حيث يلتزم الواهب بنقل ملكية الموهوب الى الموهوب له ، ولكن هذا الأخير لا يلتزم بشىء تجاه الواهب .

(ب) التصرف بعوض والتصرف التبرعى :

التصرف بعوض acte à titre onéreux يأخذ فيه المتصرف مقابلاً لما يعطيه ، كالبيع والايجار والمقاولة . أما التصرف على سبيل التبرع acte à titre gratuit فلا يأخذ فيه المتصرف مقابلاً لما يعطيه ، مثل عقد الهبة .

ويجرى التمييز فى عقود المعاوضة بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية . فالعقد المحدد يستطيع فيه كل طرف أن يحدد وقت ابرامه مقدار التزاماته وحقوقه أى قدر ما يعطى وقدر ما يأخذ . مثال ذلك عقد البيع حيث يمكن لكل من البائع والمشترى أن يعرف وقت التعاقد ما يحصل عليه وما يلتزم باعطائه . أما العقد الاحتمالى aléatoire فلا يستطيع كل من

المتعاقدين أو أحدهما معرفة مقدار حقوقه والتزاماته عند التعاقد ، ذلك أن الأداء الذى يلتزم به أحد الطرفين يتوقف فى وجوده أو مقداره علي أمر غير محقق الوقوع ، أى مجرد احتمال ، ومن ثم لا يعرف وقت التعاقد أى الطرفين سينال ربحاً وأيهما ستصيبه خسارة . مثال ذلك عقد التأمين ، حيث أن تقدير التزامات وحقوق كل من المؤمن والمستأمن متوقف على وقوع الكارثة ودرجة خطورتها .

ويجرى التمييز فى عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل . ففى الهبة يعطى الواهب المال دون مقابل . أما عقد التفضل فيتمثل فى تقديم خدمة أو منفعة لشخص معيّن بغير مقابل . مثال ذلك عارية الاستعمال والوديعة والوكالة بغير أجر .

(جـ) التصرف فيما بين الأحياء والتصرف المضاف الى ما بعد الموت :

الأصل فى التصرفات أن تكون فيما بين الأحياء acte entre vifs ، أى أن التصرف ينفذ فى حياة صاحبه أو أطرافه ، ولا يُعلق نفاذه على موته أو موتهم ، كالبيع والايجار والهبة . ولكن هناك بعض التصرفات المضافة الى ما بعد الموت acte à cause de mort ، حيث يُعلق نفاذ التصرف وترتيب آثاره على تحقق موت صاحبه أو أطرافه ، كالوصية .

(د) التصرف الاتفاقى والتصرف الجماعى :

– التصرف الاتفاقى acte conventionnel هو توافق ارادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية معيّنة ، بهدف تحقيق مصالح الأطراف المتعارضة . مثال ذلك العقد ، كالبيع والشركة .

– أما التصرف الجماعى acte collectif فهو قرار مشترك

وليد التعبير عن ارادات متعددة تسعى لتحقيق غرض موحد. مثل القرارات الصادرة عن المجالس والهيئات النيابية ، وقرارات الجمعية العمومية للمساهمين فى شركة مساهمة لتعديل نظامها الأساسى .

(ل) التصرف المنشىء والتصرف الكاشف :

– التصرف المنشىء acte constitutif هو التصرف الذى ينشىء الحق ابتداء أو ينقل حق موجود من شخص الى آخر ، وهو هنا يطلق عليه التصرف الناقل acte translatif. وفى الحالتين يكون للتصرف أثر أنشائى بالنسبة لمن اكتسب الحق ، فهو يُكسبه حقاً لم يكن له من قبل . ومثال التصرف المنشىء ابتداء عقد الزواج حيث يُنشىء لكل من الزوجين قبِلَ الآخر حقوقاً مبتدأة ، وعقد الرهن ، والعقد الذى ينشىء حق ارتفاق لعقار على عقار آخر . ومثال التصرف المنشىء انتقالاً، عقد البيع أو الهبة ، حيث يتم نقل حق قائم أصلاً من صاحبه الى شخص آخر .

– أما التصرف الكاشف أو المقرر ، فلا يُكسب الشخص حقاً لم يكن له من قبل ، بل يقتصر أثره على الكشف عنه . ومثاله الصلح والقسمة . فالصلح لا ينقل حقاً من أحد المتصالحين الى الآخر ، بل يتنازل كل منهما عن جانب من ادعائه مقابل اقرار الطرف الآخر بحقه . والقسمة لا تنقل للمتقاسم حقاً لم يكن له من قبل ، بل هى تحدد مشتملات الحق الثابت له منذ أن تملك فى الشيوع . فلو فرضنا المال الشائع مالاً ورثه الشركاء معاً ، فإن أثر القسمة يقتصر على تحويل الحق الشائع ، الثابت لكل من الورثة من وقت وفاة المورث ، الى ملك مفرز محدد .

(م) التصرف المشرع ، الذاتي ، الشرطي :

-التصرف المشرع acte régle هو الذى يقرر قاعدة قانونية وينص عليها ، لذا فهو يتسم بالعمومية والتجريد ، مثال ذلك: القوانين ، واللوائح ، النظام الأساسى للشركات والنقابات والجمعيات .

-التصرف الذاتى أو الشخصى acte subjectif يتصل بمركز ذاتى أو فردى يتعلق بشخص أو بأشخاص معينين ، ومن شأن التصرف انشاء هذا المركز أو تعديله أو انهاءه . ومثاله العقد ، حيث ينشىء مركز قانونى خاص بأطرافه ، ويتحدد مضمون هذا المركز طبقاً لمضمون العقد وما يرتبه من حقوق والتزامات . ولا يمكن تعديله أو انهاءه إلا باتفاق الأطراف .

-التصرف الشرطى acte - condition لا ينشىء مركز قانونى ذاتى ، وانما يقتصر على أن يسند الى شخص أو أشخاص معينين مركزاً عاماً موضوعياً . ذلك أن المراكز العامة الموضوعية التى تُنشئها الأعمال المشرعة تُعتبر مراكز نظرية مجردة يلزم لتطبيقها على فئات الأشخاص التى وضعت بشأنهم صدور تصرف من جانبهم ، وهذا هو التصرف الشرطى ، أى أن صدور هذا التصرف يُعد شرطاً لاكتسابهم المركز العام الموضوعى . ومثاله فى القانون العام ، تعيين شخص فى وظيفة عامة ، والتجنس . ومثاله فى القانون الخاص الزواج لأن كلاً من الزوجين لا يملك الحرية الكاملة فى تنظيم مركزه القانونى ، بل يقتصر ، حين يوافق على الزواج ، على قبول مركز تنظيمى هو مركز الزوجية الذى يحدده القانون والخضوع لأحكامه القانونية .

(ن) التصرفات النافعة ، والضارة ، والدائرة بين النفع والضرر :

-التصرف النافع نفعاً محضاً هو الذى يؤدى الى اغتناء الشخص دون مقابل يعطيه . وذلك مثل قبول الهبة .

- التصرف الضار ضرراً محضاً هو الذى يترتب عليه افتقار الشخص دون أن يحصل على مقابل لذلك ، كالهبة بالنسبة للواهب .

- التصرف الدائر بين النفع والضرر ، هو الذى يحتمل فى أصله الربح والخسارة . كالبيع والايجار والشركة والصلح.

(هـ) اعمال التصرف ، والحفظ ، والادارة :

-**اعمال التصرف** actes de disposition هى تصرفات تنطوى على درجة كبيرة من الأهمية لأن من شأنها المساس بالذمة المالية للشخص ومثالها بيع العقار . لذلك يتطلب القانون بشأنها بعض الضمانات ، سواء فيما يتعلق بأهلية من يقوم بها ، أو بقدرة الوكيل أو النائب على ابرامها . فالنائب القانونى ، كالوصى لا يستطيع التصرف فى أموال القاصر إلا بشروط وضمانات معيّنة . ولا يستطيع الوكيل ابرام أعمال التصرف نيابة عن موكله إلا بمقتضى وكالة خاصة تبيح له صراحة ذلك .

والمعيار فى تحديد اعمال التصرف هو مدى ما ينطوى عليه العمل من خطورة بالنسبة للمركز المالى للشخص . ويتحدد ذلك على ضوء الظروف الاقتصادية السائدة والغرض المقصود من التصرف وما يجرى عليه الملاك عادة فى استغلال أموالهم . فاعمال التصرف من شأنها المساس برأس المال ، وتهديد الذمة المالية للشخص من حيث وجود أو تحديد

قيمة رأس المال الموجود بداخلها ، وزيادة أعباء التزامات الشخص بالنسبة للمستقبل .

فالأعمال الناقلة ، تُعد ، فى الأصل ، من أعمال التصرف ، كالبيع والهبة ، إلا أن هناك بعض الأعمال التى من شأنها نقل الملكية ، ولكنها لا تُعد ، مع ذلك ، من أعمال التصرف . مثال ذلك بيع المحصولات والثمار الناتجة من الأرض الزراعية ، وبيع البضائع فى المحل التجارى ، فمثل هذه البيوع لا ترد على أصل الشىء ، وتُعتبر من أعمال الادارة ، لأنها ضرورية لادارة الأرض أو المحل .

وهناك بعض الأعمال التى لا تنطوى على نقل أى حق عينى ، إلا أن المشرع اعتبرها من أعمال التصرف نظراً لأهمية تأثيرها على الذمة المالية للشخص . مثال ذلك الاقتراض وتأجير العين لمدة تزيد على تسع سنوات .

– **أعمال الادارة** هى أقل خطورة من أعمال التصرف ، لأنها تمس الدخل أو الثمار دون رأس المال ، وتتميّز بأنها من أعمال الاستغلال أو الاستثمار العادى للذمة المالية ، مثال التأجير العادى للأرض والمبانى(١) ، وبيع ما تنتجه الأرض من محصولات زراعية .

تتعلق أعمال الادارة بالاستعمال أو الاستغلال المألوف والمعتاد للمال ، ولا تنطوى على أى تغيير أساسى فى الشىء أو تعديل الغرض الذى أُعد له ، ولا تمس سوى العناصر الثانوية المخصصة للتداول دون العناصر الرئيسية . مثال

---

(١) وتقرر محكمة النقض بأن عقد الايجار يعد من أعمال الادارة لا من أعمال التصرف . نقض ١٩٧٨/٦/٢١ س٢٩ ص١٥١٠ .

ذلك بيع ثمار الأرض وبيع البضائع فى المحل التجارى . أما بيع الأرض أو المحل فيعتبر من أعمال التصرف . ويعد من أعمال التصرف اعادة بناء المنزل أو تحويل المطعم الى محل لبيع الملابس .

– **أعمال الحفظ** ، وهى أقل خطورة من أعمال التصرف وأعمال الادارة ، لأنها لا تمثل أية خطورة على أموال الشخص، حيث لا تكلف سوى نفقات بسيطة بالمقارنة الى المنافع التى تعود من ورائها ، فهى أعمال نافعة وضرورية للحفاظ على مصالح الشخص وأمواله . مثال ذلك جرد الأشياء التى يتعلق بها حق الشخص ، قطع التقادم المسقط للحق ، قيد الرهن الرسمى .

المطلب الثالث

شروط التصرف القانونى

رأينا أن التصرف القانونى هو عمل ارادى محض ، فالارادة هى قوام التصرف ، إذ هى تنشئه ، كما تحدد الآثار التى يرتبها . لذلك يشترط لوجود التصرف القانونى وصلاحيته لترتيب آثاره عدة شروط فى الارادة التى يستند اليها :

(أ) وجود الارادة :

لا بد من **وجود الارادة** لقيام التصرف القانونى . فإذا تخلفت الارادة لأى سبب من الأسباب لا يمكن أن يوجد التصرف . ويلزم كذلك أن تتجه الارادة الى احداث أثر قانونى. فإذا لم يقصد البائع أن تشترك ارادته فى ابرام عقد بيع يلتزم

بمقتضاه بنقل ملكية المبيع الى المشترى لقاء ثمن محدد ، لا ينعقد العقد .

ولأن الارادة أمر باطنى يدور داخل النفس الانسانية ، ولا يقع بذاته تحت الحس ، كان لا مناص من الاستدلال عليه بمظهر خارجي . هذه الارادة الباطنة يجب أن تظهر الى الحيّز الخارجى بصورة مؤكدة وجدية ويحدث ذلك بطريق التعبير . لا يستلزم القانون صورة معيّنة للتعبير عن الارادة ، بل يجعل حرية التعبير عن الارادة هى الأصل ، لذا يكون لصاحب الارادة حرية اختيار الصورة التى يُعبّر بها عن ارادته.

يجوز أن يكون **التعبير عن الارادة صريحاً** ، كما يجوز أن يكون هذا التعبير ضمنياً ، يكون التعبير الصريح باللفظ أى بالكلام أو بالكتابة أو بالاشارة أوباتخاد موقف معيّن يقطع فى الدلالة على المقصود ، كعرض بضائع فى واجهة محل تجارى مع بيان ثمنها ، فذاك تعبير عن عرض بيعها بالسعر المبيّن عليها . ويكون التعبير ضمنياً إذا كانت الوسيلة المستعملة لا تدل بذاتها مباشرة على المعنى المقصود ولكنها مجرد اشارة تكشف عن ذلك المعنى وتنطوى عليه ، وذلك كبقاء المستأجر فى العين بعد انتهاء مدة الايجار ، إذ يفيد ذلك رغبته فى تجديد الايجار .

إلا أنه أحياناً يشترط القانون أن يكون التعبير عن الارادة صريحاً ، بل وفى شكل معيّن مثل اشتراط الكتابة فى عقد الشركة والرسمية فى الرهن .

ويلزم أن تكون **الارادة جدية وحقيقية** ، أى تقصد

إحداث الأثر القانونى الذى يتم التعبير عنه من خلالها . فلا يُعتد بالارادة غير الجادة التى يُعبّر عنها على سبيل المجاملة أو المزاح . ولا يُعتد بالارادة الصورية التى تخفى وراءها ارادة حقيقية . وينبغى التعويل على الارادة الحقيقية بشرط اثباتها وألا يضر ذلك بحقوق الغير حسن النية .

والأصل أن يُعبّر الشخص عن ارادته بنفسه بقصد ابرام تصرفات لحسابه ، ولكن كثيراً ما يحدث **أن ينوب عنه فى ذلك شخص آخر** . فالنيابة هى قيام شخص يسمى النائب مقام شخص آخر يسمى الأصيل فى ابرام تصرف قانونى لحساب الأصيل . والنيابة لا تجوز إلا فى التصرفات القانونية . وهى قد تكون اتفاقية أى عن طريق توكيل شخص لآخر . وقد تنشأ النيابة نتيجة لقرار قضائى ، كالحكم بتعيين حارس قضائى (نيابة قضائية) . كما تنشأ النيابة بحكم القانون (نيابة قانونية) ، كما فى حالة نيابة الأب عن ابنه القاصر .

(ب) أهلية صاحب الارادة :

يجب أن توجد ارادة يعتد بها القانون ، يُشترط أن يكون الشخص الذى تصدر عنه الارادة أهلاً للارتباط بأثرها القانونى . بمعنى أن يصدر التعبيرعن شخص ذى أهلية . ويُقصد بالأهلية هنا أهلية الأداء أى قدرة الشخص على أن يصدر عنه تصرف قانونى صحيح ، أى صلاحيته لأن يقوم باجرائه بنفسه ، ولا تكفى أهلية الوجوب أى مجرد صلاحية الشخص لتحمل الالتزامات وتلقى الحقوق ولو لم يباشر ذلك بنفسه .

فإذا كان صاحب الارادة عديم الأهلية بالنسبة لإحداث أثر التصرف القانونى ، فإن ارادته تكون فى حكم المنعدمة ولا يترتب عليها أثر . وإذا كان ناقص الأهلية ، فإن ارادته تكون موجودة ولكن لا يترتب عليها أثر الارادة الكاملة إلا باجازة الولىّ أو الوصى أو القيّم ، أو باجازة ناقص الأهلية نفسه بعد اكتمال أهليته .

(جـ) سلامة الارادة :

لا يكفى مجرد توافر الارادة حتى يوجد التصرف القانونى صحيحاً ، بل يلزم أن تكون الارادة سليمة خالية مما يعيبها . والارادة المعيبة هى ارادة موجودة ولكنها غير سليمة أى لحقها عيب من عيوب الارادة وهى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .

الغلط erreur : وهم يقوم بذهن الشخص فيصوّر له الأمر على غير حقيقته ويدفعه ذلك الى ابرام التصرف ، بحيث لو لم يكن الغلط ما كان الشخص قد قام بهذا التصرف ، كمن يشترى لوحة معتقداً أنها من رسم فنان مشهور ، وهى ليست كذلك .

أما **التدليس** dol فهو استعمال شخص طرقاً احتيالية لايقاع شخص آخر فى غلط يدفعه الى التعاقد ، أى أنه غلط مستثار يقع فيه الشخص تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر . والتدليس يفسد الارادة بسبب ما أوجده فى ذهن المتعاقد من غلط دفعه الى التعاقد .

أما **الاكراه** violence فهو الضغط المادى أو الأدبى المولد فى نفس الشخص رهبة تدفعه الى التعاقد ، فارادة المكره

تعوزها الحرية . والذى يُعتد به فى حالة الاكراه ليس هو الأفعال أو الوسائل المستعملة بل الحالة النفسية التى أدت اليها وهى الرهبة الدافعة الى التعاقد . فالمكره هنا تكون لديه الارادة ولكنها معيبة . والاكراه بهذا المعنى يختلف عن الاكراه المادى الذى يصل استعمال وسائل العنف فيه الى درجة تعدم الارادة ، كمن يمسك بيد آخر ويجبره على التوقيع على سند معيّن ، فهنا لا نكون بصدد عيب فى الارادة بل انعدام لها وبالتالى انعدام التصرف .

أما الاستغلال exploitation فهو أن يستغل شخص حالة ضعف معيّنة فى شخص آخر ليدفعه الى ابرام تصرف ينطوى على غبن lésion ، أى يحصل الطرف المستغل على مزايا تفوق كثيراً قيمة ما يعطيه للطرف المغبون . مثال ذلك إستغلال المرابين للطيش البيّن لدى شاب وارث لشراء أشياء منه بأثمان قليلة .

(جـ) محل وسبب الارادة :

يتمثل أثر التصرف ، غالباً ، فى نشوء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه . ولما كان الحق لا بد وأن يكون له من محل objet يقوم عليه ، فإن هذا المحل هو الذى تنعقد عليه الارادة . ويشترط فيه أن يكون ممكناً ، ومعيناً ، ومشروعاً . فينبغى أن يكون المحل أمراً ممكناً أو شيئاً موجوداً أو قابلاً للوجود ، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ، أى محدداً تحديداً كافياً لبيان عناصره ومضمونه . كالمقاول الذى يلتزم ببناء منزل محدد . ويلزم أن يكون المحل أمراً مشروعاً أو شيئاً مما يجوز التعامل فيه .

وسبب الارادة cause هو الغرض المباشر الذى دفعها الى الاتجاه نحو احداث أثر قانونى معيّن . فالسبب بالنسبة للبائع هو الحصول على الثمن . ويلزم أن يكون السبب مشروعاً ، وإلا كان التصرف باطلاً ، مثال ذلك ابطال عقد ايجار يكون الباعث اليه ادارة المنزل للدعارة أو القمار أو تعاطى المخدرات . وكمن يدفع مبلغ من النقود مقابل قتل شخص أو تهريب مخدرات أو بضائع من الجمارك .

(هـ) جزاء شروط التصرف القانونى :

إذا فقد التصرف القانونى أحد أركانه (الرضا ، المحل ، السبب) ، وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، معنى ذلك أن التصرف لا يقوم ، ولا يُعتد بوجود الارادة ، ولا يترّتب عليها أى أثر قانونى .

أما إذا تخلف شرط من شروط الصحة ، كما إذا كان هناك عيب فى الرضا (غلط ، تدليس ، اكراه ، استغلال) ، أو نقص فى أهلية صاحبه ، فإن التصرف يكون قابلاً للبطلان أى باطل بطلاناً نسبياً . بمعنى أن التصرف يكون موجوداً وتترتب عليه آثاره ، إلا أن هذه الآثار لا تكون لازمة فيجوز لمن تعيبت ارادته أو لناقص الأهلية أن يطلب ابطال التصرف وازالة ما ترتب عليه من آثار .

الفصل الثانى
حماية الحق

كى يتمتع صاحب الحق بالحماية القانونية ، ينبغى عليه اثباته ، وأن يباشره ضمن الاطار القانونى المسموح به ، لذا يتعيّن علينا أن نعرض على التوالى لكل من : اثبات الحق ، استعمال الحق ، وسائل حماية الحق.

المبحث الأول
اثبات الحق

تعريف الاثبات :

الاثبات la preuve بمعناه القانونى هو الاثبات القضائى ، أى اقامة الدليل أمام القضاء ، بطريقة من طرق الاقناع التى يحددها القانون ، على صحة واقعة متنازع فيها .

والاثبات القضائى لا ينصب على الحق المتنازع فيه ، وانما ينصب على الواقعة القانونية مصدر هذا الحق . هذه الواقعة قد تكون تصرفاً قانونياً كعقد البيع أو الايجار ، وقد تكون واقعة مادية كعمل غير مشروع يترتب عليه الزام فاعله بالتعويض .

وللاثبات أهمية بالغة فى الحياة العملية ، فصاحب الحق لا يستطيع المطالبة به أمام القضاء إلا إذا أقام الدليل على وجوده . فالحق يعتبر فى حكم العدم ويتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث المنشىء له . والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه .

وتسرى قواعد الاثبات على جميع الوقائع القانونية المنشئة للحقوق ، سواء كانت هذه الحقوق مالية أو غير مالية كالحقوق الناشئة عن الزواج والنسب . وهى تمتد الى جميع الآثار القانونية ، سواء تعلقت تلك الآثار بقيام الحقوق أم بانقضائها أم بانتقالها .

ونعرض لدراسة قواعد الاثبات على مرحلتين ، نبيّن فى الأولى المبادئ العامة للاثبات، ونستعرض فى الثانية طرق الاثبات.

المطلب الأول

المبادئ العامة للاثبات

(أ) مبدأ حياد القاضى :

من المفروض بداهة أن القاضى لا يتحيّز لأحد الخصوم ، بل يفصل فى الطلبات التى يقدمها الخصوم على ضوء الأدلة التى يتقدمون بها لاثبات هذه الطلبات أو الحقوق المتنازع عليها . فليس من وظيفة القاضى أن يساهم فى جمع الأدلة أو أن يستند فى حكمه الى علمه الشخصى ، إذا كان يعلم واقعة معينة تتعلق بالدعوى .

إلا أن حياد القاضى لا يعنى سلبيته ، بل ان له دوراً ايجابياً فى تسيير الدعوى وتصحيح شكلها والحكم بقبول أو رفض أدلة الاثبات وتقييمها . فإذا كان عليه أن يحترم قواعد الاثبات المقبولة قانوناً ، إلا أن سلطته تقديرية فى تفضيل قول خبير على آخر أو شاهد على شاهد آخر . ويجوز للقاضى أن يستجوب الخصوم ويستدعى شهوداً للشهادة ويوجه اليمين وينتقل للمعاينة .

وينعكس أثر مبدأ حياد القاضى على حق الخصوم فى

الاثبات . إذ أن لهم تقديم الأدلة اللازمة لاثبات الحقوق المتنازع عليها ، وعلى القاضى أن يقف موقفاً حيادياً بين الخصوم ، وأن يمكن كل منهم من اثبات ما يدعيه . فلكل خصم أن يقيم الدليل على حقه ، وللخصم الآخر الحق فى اثبات عكس ذلك ، وللقاضى دور ايجابى فى تقدير هذه الأدلة .

(ب) محل الاثبات :

الحق ومصدره : الاثبات لا يرد على الحق المطالب به ، وانما يرد على مصدر هذا الحق ، أى على الواقعة القانونية التى ترتب عليها هذا الحق . فمن يطالب شخص بدين ، عليه أن يثبت العقد أو الفعل مصدر هذا الدين . إذ يتعيّن اقامة الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها ، متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها . فالجوهرى فى هذا الصدد هو أن الاثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها ، بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذلك الحق .

الواقع والقانون: إذا كانت الواقعة القانونية هى مصدر الحق ، فإن القانون أى القاعدة القانونية هى التى تقرر ذلك . والواقعة القانونية إما أن تكون واقعة مادية كالوفاة والفعل الضار وما يترتب عليهما من حق فى الميراث وحق فى التعويض ، وإما أن تكون تصرفاً قانونياً كالبيع والايجار والوصية . والحكم الذى يصدره القاضى هو تطبيق القانون على الوقائع التى يثبتها الخصوم أمامه . فالاثبات يرد على الوقائع والظروف التى يوجد فيها الشخص والتى تبيح تطبيق القاعدة القانونية .

فإذا أثبت المدعى الواقعة القانونية التى تُعتبر مصدراً لحقه، فإن القاضى يحكم له دون أن يُكلفه باثبات القاعدة القانونية التى تقرر هذا الحق . فالقاعدة القانونية واجبة

التطبيق ليست محلاً للاثبات ، لأن القاضى ينبغى عليه أن يعلم بها ، وعليه وحده أن يبحث عنها . ولا ينفى هذا مكنة قيام الخصوم بتفسير القاعدة القانونية على النحو الذى يتفق ومصلحتهم فى الدعوى . إلا أنه استثناءاً من ذلك على الخصوم اثبات القاعدة إذا ما اتخذت صورة عادة اتفاقية ، وعلى من يستند اليها أن يقوم باثباتها . وكذلك الحال إذا كانت القاعدة القانونية واجبة التطبيق هى قاعدة قانون أجنبى تقضى قواعد الاسناد بتطبيقها ، فإنها تأخذ حكم الواقعة القانونية وينبغى على الخصوم اقامة الدليل عليها .

شروط الواقعة القانونية محل الاثبات: لكل خصم الحق فى اثبات الواقعة القانونية التى تكون أساساً للحق المتنازع عليه . إلا أنه ليس معنى ذلك امكان اثبات أية واقعة ، إذ لا بد من توافر شروط ثلاثة فى الواقعة المراد اثباتها :

١- يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ، أى ذات صلة بالحق المتنازع فيه لكى يؤثر ثبوتها فى الفصل فى الدعوى . أما ان كانت الواقعة مقطوعة الصلة بموضوع الدعوى ، فلا جدوى من وراء هذا الاثبات حرصاً على وقت القضاء . فإذا طالبك شخص بدين ، فلا يصح لك أن تثبت أنك دفعت ديناً أخر لا علاقة له بالدين موضوع الدعوى .

٢- يجب أن تكون الواقعة منتجة فى الاثبات ، أى مفيدة فى الدعوى ، بمعنى أن اثباتها يؤدى الى اقناع القاضى بأحقية الطلب المتنازع عليه ، ولا تكون الواقعة منتجة إلا إذا كانت متعلقة بالدعوى . والاثبات لا يكون مجدياً إلا إذا كانت الواقعة متنازعاً فيها ، أما إذا كان هناك تسليم واعتراف بالواقعة فإنه لا يكون هناك محل لاثباتها .

٣- يجب أن تكون الواقعة جائزة الاثبات قانوناً . فالواقعة

التى لا يجوز اثباتها عقلاً أو قانوناً لا يمكن أن تكون محلاً للاثبات . والواقعة قد تكون مستحيلة ، مما لا يتصوّر معه محاولة اثباتها ، كما يدعى بنوته لشخص أصغر منه فى السن . وكذلك الحال بالنسبة للواقعة المطلقة غير المحددة ، إذ لا يجوز أن تكون محلاً للاثبات ، كمن يريد أن يثبت أنه لم يكن مديناً لأى شخص فى أى وقت . ومن جهة أخرى فإن القانون قد يمنع اثبات الواقعة وذلك لأسباب تتعلق بالنظام العام أو الآداب ، فلا يقبل اثبات دين قمار أو علاقة جنسية غير مشروعة .

(جـ) عبء الاثبات :

كى يستطيع القاضى الفصل فى موضوع الدعوى المتنازع عليه لا بد له من أدلة كافية واثبات مؤكد ، والسبيل الوحيد أمام القاضى للقضاء بحق من الحقوق هو اقامة الدليل عليه من قبل الخصم الذى يطالب به . لذلك تبدو الأهمية البالغة للاثبات بصفة عامة من الناحية العملية ، وتزداد تلك الأهمية بصدد تحديد من يقع عليه عبء الاثبات ، فكثير من الأفراد يخسرون دعواهم ، رغم كونهم فى الواقع أصحاب حق ، بسبب عجزهم عن اقامة الدليل أمام القضاء على وجود هذا الحق.

والقاعدة العامة فى هذا الصدد هى أن عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى ، أى من يدعى خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً . فالأصل هو براءة الذمة ، ومن ثم فإن من يدعى أنه دائن لشخص آخر يكون عليه عبء اثبات ادعائه . وإذا ادعى شخص ملكيته لعقار موجود فى حيازة شخص آخر كان عليه اثبات ادعاءه نظراً لأنه يدعى أمراً مخالفاً للوضع الظاهر .

وقد يتدخل المشرع ليضع قرينة قانونية بصدد بعض الوقائع التى يصعب اثباتها ، فوجود هذه القرينة يكون فى صالح المدعى مما يعفيه من اقامة الدليل مؤقتاً مثال ذلك النص على أن الوفاء بقسط من الأجرة يُعد قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . وكذلك بالنسبة لمسئولية حارس الحيوان وحارس الآلات الميكانيكية . فالخطأ مفروض فى جانب هؤلاء . ولا يُكلف المضرور باثبات التقصير ، إذ القانون يعفيه من هذا الاثبات بافتراض التقصير .

(د) الحق فى الاثبات :

من المسلم به أن كل من الخصوم له الحق فى اقامة الدليل على وجود وصحة الواقعة القانونية المنشئة لحقه . وللخصم الآخر الحق فى مناقشة وتفنيد ذلك . ذلك أنه إذا كان للمدعى أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه ، فيجب أن يكون للطرف الآخر الحق فى تفنيد هذا الدليل واثبات عكسه. وهذا ما يطلق عليه مبدأ المجابهة بالدليل . ولا يستطيع القاضى أن يمنع الأطراف من ذلك وإلا كان فى هذا اخلالاً بحقهم فى الدفاع يجعل الحكم مشوباً بالقصور الذى يؤدى الى نقضه .

ويتصل بهذا المبدأ أنه لا يجوز اجبار الخصم على أن يقدم دليلاً ضد نفسه . فإذا كان لدى أحد الخصوم دليلاً يفيد خصمه ، فلا يجوز اجباره على تقديم هذا الدليل ، لأن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم سند يملكه ولا يريد تقديمه .

ومن جهة أخرى فإنه لا يجوز أن يخلق الشخص دليلاً لنفسه ، إذ لا يتُصوّر أن يخلق الشخص لنفسه دليلاً على الحق الذى يدعيه . فلا يجوز أن يكون الدليل الذى يقدمه

المدعى على دعواه مجرد أقواله أو ادعاءاته أو ما يقدمه من محررات دوّنها بنفسه .

المطلب الثانى
طرق الاثبات

هناك عدة طرق أو أدلة للاثبات تتمثل فى : الكتابة ، الشهادة ، القرائن ، الاقرار ، اليمين ، المعاينة والخبرة .

(أ) الكتابة :

أدى تطور الحياة الاقتصادية بالاضافة الى تشعب واتساع الحياة المعاصرة الى احتلال الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الاثبات فى العصر الحديث . وتُعتبر الكتابة ذات قوة مطلقة فى الاثبات، فهى تصلح لاثبات جميع الوقائع أياً كان نوعها وأياً كانت طبيعتها ، وأياً كانت قيمة الحق المراد اثباته .

وتلزم الكتابة ، كقاعدة عامة ، لاثبات التصرفات القانونية دون الوقائع المادية التى يجوز اثباتها بكافة الطرق، إلا أن الكتابة ليست لازمة لاثبات جميع التصرفات القانونية ، فالقانون قد استلزمها فى حالات معيّنة .

– إذا كانت قيمة التصرف القانونى تزيد على مائة جنيه أو كان غير محدد القيمة . وقد استثنى القانون من ذلك المسائل التجارية .

– اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ، فلا يجوز تكذيب المكتوب إلا بمكتوب أخر .

– حالات أخرى نص عليها القانون صراحة مثل عقود الصلح والكفالة والشركة .

وتنقسم الأوراق والمحررات التى تُستخدم كأداة للاثبات الى قسمين : محررات رسمية ، وأخرى عرفية . المحرر الرسمى هو الذى يثبت فيه موظف عام أو مختص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية ، وفى حدود سلطته واختصاصه . ويعتبر المحرر الرسمى حجة على الناس كافة بما دوّن فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته ، أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبيّن تزويرها بالطرق المقررة قانوناً .

أما الأوراق العُرفية فهى تلك الصادرة من الأفراد ، دون أن يتدخل موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة فى تحريرها . وتنقسم المحررات العرفية الى قسمين : تلك المعدة للاثبات ، وهى موقعة ممن هى حجة عليه ، لذا تعتبر أدلة كاملة . فهى حجة على من وقعها بما ورد فيها ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة ، ولا يملك التحلل من حجيتها إلا إذا أثبت هو كيفية وصول توقيعه الصحيح عليها . وهناك المحررات العرفية غير المعدة للاثبات كدفاتر التجار والرسائل والأوراق المنزلية .

(ب) البينة (شهادة الشهود) :

البيّنة Témoignage هى اخبار الشخص أمام القضاء بواقعة حدثت أمامه ، ويترتب عليها حق لغيره . والشهادة قد تكون مباشرة بأن يخبر الشخص بما وقع من الغير تحت سمعه وبصره ، وقد تكون غير مباشرة ، كأن يشهد الشخص بما سمع رواية عن الغير ، وهذه لا تكون شهادة بالمعنى الدقيق ، وانما يكون للمحكمة سلطة التقدير ، والاستنارة بها من عدمه .

ومن المتفق عليه أن للقاضى سلطة واسعة فى تقدير شهادة الشهود ، بخلاف الحال بالنسبة للأدلة الكتابية . فحجية البيّنة فى الاثبات متروكة لتقدير القاضى . ولا تثريب على المحكمة إذا هى طرحت شهادة الشهود فى التحقيق الذى أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم . ولا يتقيّد القاضى بعدد الشهود ولا بصفاتهم الشخصية .

وبالنسبة لمجال الاثبات بالبيّنة ، فهناك نوعان من الحالات يجوز فيهما الاثبات بشهادة الشهود : الأول حالات يجوز فيها الاثبات بالبيّنة بحسب الأصل وهى : الوقائع المادية ، المسائل التجارية ، التصرفات المدنية التى لا تزيد قيمتها عن مائة جنيه. الثانى حالات يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود استثناء ، أى أنها حالات كان ينبغى الاثبات فيها بالكتابة ، وهى : ١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أى عند وجود دليل كتابى ناقص ، ٢- وجود مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى ، ٣- فقد السند الكتابى بسبب أجنبى لا يد للدائن فيه.

(جـ) القرائن :

القرائن présomption هى النتائج التى يستخلصها القانون أو القاضى من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة ، فهى استخلاص أو افتراض أمر مجهول من واقعة معلومة . وتُعتبر القرائن أدلة اثبات غير مباشرة نظراً لقيامها على استنتاج وقائع من وقائع أخرى . والقرينة قد يكون منصوصاً عليها فى القانون ، فتكون قرينة قانونية ، وقد يستنبطها القاضى من ظروف القضية وملابساتها فتكون قرينة قضائية.

- **القرينة القضائية** : هى من عمل القاضى أساساً ، إذ يختار واقعة ثابتة من بين وقائع الدعوى ثم يستنبط منها

الدليل على الواقعة المراد اثباتها ، فالدلائل والأمارات الموجودة بالقضية تتيح للقاضى فرصة معرفة الأمر المجهول المراد إثباته . فواقعة الزوجية أو القرابة بين المتعاقدين قد تكون قرينة على العقد الصورى . وواقعة وجود سند الدين فى يد المدين يمكن أن تكون قرينة على الوفاء .

ويتمتع القاضى بسلطة واسعة فى تقدير حجية القرائن ، فله حرية اختيار الوقائع والأدلة التى يستنبطه منها الدليل ، وهو لا يتقيّد بعدد القرائن ولا تطابقها . ولكن لا يجوز الاثبات بالقرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود ، أى أن ما يمكن اثباته بالبيّنة يمكن اثباته أيضاً بالقرائن القضائية .

– **القرينة القانونية** من عمل المشرع ، وهى تعفى من تقررت لمصلحته من عبء الاثبات . إلا أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى . وتلك هى القرينة القانونية البسيطة. مثال ذلك قرينة الوفاء بالأجرة ، إذ يُعتبر الوفاء بقسط لاحق قرينة على الوفاء بالقسط السابق .

وفى بعض الأحيان تكون القرينة القانونية قاطعة أى لا تقبل اثبات العكس. مثال ذلك مسئولية حارس الحيوان أو حارس الشىء . فمجرد وقوع الضرر يُعتبر قرينة على خطأ الحارس ، ولا يستطيع نفى هذا الخطأ لأنه قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس .

(د) الاقرار :

الاقرار aveu هو اعتراف شخص بواقعة يترتب عليها تقرير حق لشخص آخر . ويُعد الاقرار دليل اثبات غير عادى لأنه يُعتبر تسليماً بما يدعيه الخصم مما يعفيه من اقامة

الدليل على ما يدعيه . والاقرار إما أن يصدر أمام القضاء أثناء نظر الدعوى فيكون الاقرار قضائياً ، وإما أن يصدر خارج مجلس القضاء فيسمى اقراراً غير قضائى .

الاقرار القضائى هو اعتراف الخصم أمام القضاء بالحق المدعى به ، قاصداً بذلك اعفاء خصمه من اقامة الدليل عليه ، فهو شهادة من الخصم على نفسه لمصلحة خصمه بصحة واقعة قانونية . يُعتبر هذا الاقرار حجة قاطعة على المُقر ، ولا يتجزأ على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى . ويتعيّن على القاضى أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه لأن الواقعة التى أقر بها فى غير حاجة الى اثبات لأنها ثابتة بالنسبة لمن أقر بها .

أما **الاقرار غير القضائى** فهو ما يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء ولكن فى خصومة أخرى لا تتعلق بموضوعه . وذلك كالاقرار الذى يصدر أمام جهة ادارية أو فى خطاب شخصى أو بصدد نزاع آخر غير المعروض أمام المحكمة . ولا يُشترط أن يكون صادراً للمقر له ، مادامت نية المُقر وقصده قد اتجها الى أن يؤخذ باقراره . ويجوز استخلاص الاقرار من أى دليل أو ورقة تكون مقدمة الى جهة أخرى . والاقرار غير القضائى ليس له نفس حجية الاقرار القضائى ، فهو لا يلزم المُقر بل يستطيع اثبات عكسه ، ولا تُجبر المحكمة على الأخذ به ، بل يخضع لتقدير القاضى .

(هـ) اليمين :

اليمين serment هو اشهاد الله على صحة ما يدعيه الحالف أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر . ويكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف « أحلف» ويذكر الصيغة التى أقرتها المحكمة .

ولما كانت اليمين تحمل طابعاً دينياً فإنه يجوز لمن يُكلف بحلفها أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة فى ديانته إذا طلب ذلك .

واليمين إما أن تكون قضائية تؤدى أمام القضاء ، وإما غير قضائية تؤدى أو يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء. وهذه الأخيرة ليست لها أحكام خاصة بل تتبع فى شأنها القواعد العامة . فالاتفاق عليها لا يجوز إلا فى الأحوال التى يجوز اثباتها بالبيّنة والقرائن . أما حلف اليمين ذاتها فواقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات .

واليمين القضائية إما أن تكون حاسمة هى التى يوجهها أحد الخصوم الى خصمه يحتكم بها الى ضميره لحسم النزاع ، وإما متممة وهى التى يوجهها القاضى الى أى من الخصمين لاستكمال الأدلة التى يقدمها هذا الخصم وتكوين اقتناعه حتى يفصل فى الحكم .

(و) المعاينة والخبرة :

تُعتبر كل من المعاينة والخبرة من طرق الاثبات المباشرة، وذلك نظراً لاتصالهما اتصالاً مادياً بالواقعة المراد اثباتها .

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الشيء المتنازع عليه أو أن تنتدب أحد قضاتها لذلك ، وتحرر المحكمة أو القاضى محضراً يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وإلا كان العمل باطلاً . وكل ما يثبت للمحكمة بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم عليها أن تقول كلمتها فيه .

وحتى يستطيع القاضى الفصل فى الخصومات ذات الطابع الفنى أجاز له القانون الاستعانة بأهل الخبرة ويكون ذلك للاسترشاد بآرائهم . وللمحكمة سلطة تقدير الاستعانة

بالخبراء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم . ورأى الخبير لا يُقيِّد المحكمة ، فلها أن تأخذ بتقريره متى اطمأنت اليه والى الأسس والأسباب التى قام عليها . ولها أيضاً الا تأخذ بتقريره ، وتنتدب خبيراً آخر ، وعندئذٍ لها أن تأخذ برأى أى منهما .

المبحث الثانى

استعمال الحق

(أ) المقصود باستعمال الحق :

يتمتع صاحب الحق بمكنة استعمال حقه والافادة منه . ويتم استعمال الحق من خلال الاستفادة من مضمونه . يتمثل مضمون الحق فى المُكنات والسلطات التى يخوّلها الحق لصاحبه . يتفاوت ذلك المضمون من حق الى آخر ، فمضمون حق الملكية ، مثلاً ، هو مجموع السلطات التى يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه . ومضمون حق المؤلف هو السلطات التى تثبت لصاحبه على مصنفه ، سواء كانت معنوية تُعبّر عن أبوته الفكرية ، أو مالية تتمثل فى استغلال المصنف مالياً . ومضمون حق الدائنية هو قدرة الدائن على اقتضاء الدين من المدين فى الأجل المضروب . وتلك السلطات التى تُشكل مضمون الحق هى التى يستعملها ، صاحب الحق فى سبيل التمتع بحقه والافادة منه .

يحمى القانون صاحب الحق فى استعماله لحقه ، لأن الحق يستند الى القانون ويستمد وجوده الوضعى منه . والقانون عند تنظيمه للحقوق وتحديده لمضمونها والسلطات

التى تخولها لأصحابها يعمل على التوفيق بين كافة المصالح العامة والخاصة . فالشخص يهدف ، غالباً ، من وراء استعماله لحقه الى تحقيق مصلحة خاصة به ، إلا أنه لا ينبغى أن يقوم بما يتعارض مع مصلحة الغير . ويحمى القانون صاحب الحق طالما كان يسعى الى تحقيق مصلحة خاصة لا تتعارض مع مصلحة الجماعة .

والأصل أن كل استعمال للحق من جانب صاحبه يُعتبر فعلاً مشروعاً ويعصم صاحبه من المسئولية عن نتائجه مادام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما بيّنها القانون .

ويحمى القانون صاحب الحق فى استعماله لحقه طالما كان يسعى الى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال. فإذا تجاوز هذا النطاق واستعمل حقه استعمالاً غير مشروع سقطت عنه الحماية القانونية ، لأن مناط تلك الحماية هو مشروعية المصلحة التى يهدف الشخص الى تحقيقها من وراء استعمال حقه . ويُعتبر من قبيل الخطأ الاستعمال غير المشروع للحق لأنه انحراف عن الغاية التى تقرر من أجلها ، ويُعد صاحب الحق ، فى هذه الحالة ، متعسفاً فى استعمال حقه .

ويختلف **التعسف فى استعمال الحق abus de droit**، بهذا المعنى ، عن **الخروج عن حدود الحق dépassement de droit** . فالشخص ينبغى أن يستعمل حقه فى الحدود التى رسمها القانون ودون أن يتجاوزها . ذلك أن الخروج عن حدود الحق أو تجاوز هذه الحدود يُعد خطأ يستوجب مسئولية مرتكبه والتزامه بتعويض من أصابه ضرر بسببه ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية التى تقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض . مثال ذلك تجاوز المالك حدود ملكه والدخول فى ملك جاره . فالمالك هنا تجاوز حدود

حقه ، ويكون عمله غير مشروع فى ذاته ، ويُعتبر ذلك خطأ يستوجب التعويض . أما فى حالة التعسف ، فإن الشخص لا يتجاوز نطاق حقه ، بل يستعمله فى الحدود التى رسمها له القانون ، ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير ، ويعتبر ، بالتالى استعمالاً غير مشروع لأنه ينطوى على انحراف فى الغاية منه . فالخروج عن الحق يُعتبر ، فى ذاته ، عملاً غير مشروع لأنه يجاوز مضمون الحق ، أما التعسف فى استعمال الحق فإن العمل الذى يأتيه المالك يكون مشروعاً فى ذاته لأنه داخل حدود الحق ويمثل سلطة من السلطات التى يخوّلها الحق لصاحبه ، ولكنه يكون معيباً وغير مشروع بسبب الانحراف فى غرضه أو نتيجته . مثال ذلك من يحفر مستنقعاً مائياً عميقاً داخل حدود أرضه لمجرد الاضرار بمبانى جاره ، وكمن يزرع بعض النباتات الضارة بأرضه لمجرد الاضرار بزراعة جاره .

(ب) نظرية التعسف فى استعمال الحق :

استقرت نظرية التعسف فى استعمال الحق فى النظم القانونية المعاصرة ، وأصبحت من معالم الفكر القانونى الحديث .

تمتد جذور هذه النظرية الى القانون الرومانى حيث سادت بعض الأقوال المتفرقة دون وجود قاعدة عامة . فمن أقوال بعض الفقهاء : ان سوء النية لا يستحق الرعاية ، وان الغلو فى الحق غلو فى الظلم . ولكن قول الفقيه جايوس فى المدونة جاء مناقضاً لذلك : ليس بالمعتدى من يستعمل حقاً . إلا أن فقهاء الرومان ، بالرغم من اقرارهم لقول جايوس ، اتفقوا على أن الهدف الذى يجب أن يؤدى اليه الحق هو تحقيق

النفع لا الضرر ، وعارضوا استعمال الحق إذا لم يقصد صاحبه من وراء ذلك سوى إلحاق الضرر بالغير .

تأثر القانون الفرنسى القديم بتلك الأفكار ، وانحصر نطاق الاساءة فى استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير ، واستقر مبدأ كل استعمال للحق لا يقصد به سوى الإضرار بالغير يعد تعسفاً . ولكن ذلك المبدأ انحسر وتراجع أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية فى أوائل القرن الثامن عشر. وجاء التقنين المدنى الفرنسى متأثراً بتلك النزعة ، فلم يتضمن نصاً عاماً يقرر مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق. فقد قام المذهب الفردى على أولوية حقوق الأفراد وكفالتها ، ذلك أن العبرة بمصلحة الفرد لا بمصلحة الجماعة، وتلك المصلحة تتحقق من خلال كفالة القانون لتحقيق مصالح الأفراد . ومن ثم استقر مبدأ سيادة الفرد وحريته الكاملة وعدم خضوعه لأية رقابة فى استعمال حقوقه ، بل يكون له مطلق التقدير فى هذا الاستعمال ، فلا يُمنع من ذلك ولا يُسأل عما يترتب عليه من أضرار للغير .

تغيّرت الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمجتمعات الراسمالية ، وتعرض المذهب الفردى للنقد الشديد وشهد تراجعاً ملحوظاً أمام ظهور النزعة الاجتماعية ، وعلو المصلحة العامة ، ووجوب مشروعية استعمال الحق ، وان هذه المشروعية لا تتحقق إلا من خلال عدم الإضرار بالغير وعدم المساس بمصلحة الجماعة . وأصبح من الضرورى بسط القضاء رقابته على استعمال الحق . وعاد مبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق الى الظهور من جديد فى فرنسا من خلال بعض التطبيقات الخاصة من جهة والعمل القضائى من جهة أخرى . تمثل ازدهار ذلك المبدأ فى

تبنى كثير من القوانين المعاصرة له بنصوص تشريعية عامة وصريحة .

عرف هذا المبدأ مكانته ، منذ البداية ، فى الشريعة الاسلامية ، حيث أقرته كنظرية عامة ، وعنى الفقه الاسلامى بصياغته صياغة تضارع ، بل تفوق ، فى دقتها وأحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . فالحقوق منحة من اللّه سبحانه وتعالى لعباده بقصد تحقيق سعادتهم فى الدنيا والآخرة ، ولا يتم ذلك إلا من خلال أداء حقوق اللّه وحقوق العباد ، وأن يتم استعمال الحق بنية الطاعة والامتثال لأمر الشارع الكريم . فالفرد ليس له مطلق الحرية فى استعمال حقه ، بل هو مقيّد فى ذلك بمراعاة مصلحة الجماعة وعدم الإضرار بالغير . ويستوى فى هذا المعنى سائر الحقوق .

وإذا كانت نظرية التعسف فى استعمال الحق قد استقرت فى القانون المعاصر ، إلا أن الفقه قد اختلف فى تأصيلها . فقد ذهب البعض الى أن فكرة التعسف تتعلق أساساً بتصوير الحق ، فهى ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، حيث تلعب دوراً هاماً فى تقدير استعمال الحق على ضوء غايته ، وبما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال.

ويرى الاتجاه السائد فى الفقه الحديث الى اسناد التعسف الى فكرة الخطأ ، فيظل أساس نظرية التعسف فى دائرة المسئولية التقصيرية إلا أن هذا الاتجاه انقسم بين قائل بأن الحق ينتهى حين يبدأ التعسف ، فالتعسف هو العمل دون حق . وقائل بأن التعسف فى استعمال الحق يُعد تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ المرتب للمسئولية التقصيرية . واعتبر البعض بأن التعسف نوع متميّز من الخطأ ، حيث يرتبط

بروح الحق وغايته الاجتماعية ، فهو خطأ خاص أو خطأ اجتماعى يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية ، لذا فهو يفترق عن الخطأ العادى التقليدى .

(جـ) نطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق :

تحتل نظرية التعسف فى استعمال الحق مكاناً بارزاً فى النظام القانونى المعاصر ، لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع فروع القانون ، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع ، ولا يقتصر تطبيقها على ناحية معيّنة من نواحى القانون المدنى ، وانما تطبق على هذه النواحى جميعاً ، بل على نواحى القانون قاطبة . فالقضاء يجزم بأن هذه النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية، كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص ، بل تجاوزه الى القانون العام . ولهذا أثر المشرع أن يضع هذه النظرية وضعاً عاماً ، محتذياً أحدث التقنينات وأرقاها . وقد ساعد على اختيار هذا المسلك اقرار الشريعة الاسلامية لنظرية التعسف فى استعمال الحق بوصفها نظرية عامة .

ولا يقتصر نطاق نظرية التعسف على بعض الحقوق دون الآخر ، بل ينبسط تطبيق النظرية على جميع أنواع الحقوق فى كافة المجالات .

ولكن هناك جانب كبير من الفقه يرى أن التعسف لا يكون إلا بالنسبة للحقوق بالمعنى الدقيق ، ومن ثم لا تنطبق النظرية على الرخص أو الحريات ، وهى الحقوق العامة التى يعترف بها القانون للناس كافة . ومثالها حق التعاقد والتملك

والتقاضى . ويقولون انه لا حاجة لفكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يستعمل هذه الرخص والحريات ، حيث ان أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه . فإذا وقع من الشخص انحراف فى السلوك عندما يستعمل رخصة من الرخص ، فإنه يكون قد أخطأ خطأ عادياً يلزم بتعويض الضرر الناتج عنه .

ونرى مع البعض أنه لا مبرر لتلك التفرقة حيث يجب أن تمتد نظرية التعسف لتشمل الحقوق والرخص على حد سواء ، فالمشرع يستهدف من هذه النظرية بسط الرقابة على كافة التصرفات القانونية ، حيث تنعقد مسئولية الشخص الذى يصدر عنه التصرف فى ظروف غير مشروعة ، مسبباً أضراراً للغير . أما القول بأن قواعد المسئولية المدنية تُغنى عن نظرية التعسف فهو قول غير مقبول لأن مرد التعسف هو فكرة الخطأ ، ومن ثم يظل أساس النظرية فى نطاق المسئولية التقصيرية ، فالتعسف صورة خاصة من صور الخطأ ، وهذا ما يسير عليه القضاء حيث طبق التعسف على رخصة الالتجاء الى القضاء ، فهذه الرخصة وان كانت من الحقوق التى تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشره الانحراف عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقّت مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب اساءة استعمال الحق .

وذهب جانب من الفقه الى عدم سريان نظرية التعسف بالنسبة لطائفة معيّنة من الحقوق ، وهى ما يُطلق عليها بالحقوق التقديرية أو المطلقة ، وهى التى يكون لصاحبها مطلق التقدير فى استعمالها ، تحكمه فى ذلك دوافع شخصية محضة لا يستطيع القاضى أن يراقبها أو أن يناقش هذا

التقدير . من ذلك حق الشريك على الشيوع فى طلب القسمة، والحق الأدبى للمؤلف .

والواقع ان هذا الاتجاه غير صحيح لأنه من آثار النزعة الفردية المتطرفة التى تجعل لصاحب الحق سلطة مطلقة فى استعمال حقه ، وليس هناك أى مبرر لاستبعاد أى نوع من أنواع الحقوق من نطاق النظرية ، وقد جاءت أحكام القانون صريحة فى حظر التعسف فى استعمال الحق كمبدأ ينطبق على كافة الحقوق دون تمييز . بل ان المشرع طبق هذا المبدأ صراحة على حق المؤلف ، فقد فرض رقابة قضائية مبتدأة على حق المؤلف فى تعديل المصنف أو سحبه من التداول ، إذا كان قد تصرف فى حق الاستغلال المالى له ، للتأكد من قيام الأسباب الخطيرة التى تبرر ذلك(١) .

(د) معيار التعسف فى استعمال الحق :

تنص المادة الرابعة من القانون المدنى على أن « من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » . يتضح من ذلك أن الاستعمال المشروع للحق لا يرتب أية مسئولية على صاحبه حتى لو نجم عن ذلك بعض الأضرار للغير . فالتاجر الذى يدخل فى منافسة مع آخر بقصد تحقيق الأرباح والسمعة مستعملاً الأساليب المشروعة لا يكون مسئولاً عن الخسائر التى تحل بالتاجر الآخر . والمالك الذى يشيد بناءاً فى أرضه وفقاً للتنظيم القانونى لا يكون مسئولاً عما يلحق جاره من أضرار بسبب حرمانه مما كان يستمتع به من رؤية واضاءة قبل البناء .

---

(١) انظر ما سبق ص ١٤٣ .

وتثور مسئولية صاحب الحق إذا تعسف فى استعمال حقه ، أى إذا استعمله استعمالاً غير مشروع . ولكن متى يُعتبر الاستعمال مشروعاً ومتى لا يعتبر كذلك ؟

تجيب المادة الخامسة على هذا التساؤل بقولها « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

أ- إذا لم يُقصد به سوى الاضرار بالغير .

ب- إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

جـ- إذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة.

يتضح من ذلك ان المشرع لم يضع مبدأ عاماً يحكم معيار التعسف كما تفعل غالبية القوانين الحديثة . ففى كثير من الدول يفضل المشرع وضع معيار عام للتعسف دون تحديد أو تعديد لصوره . ولا شك أن ذلك الأسلوب يتسم بالمرونة والقدرة على التجاوب والتطور مع تغيّر الظروف والأوضاع ، إلا أنه ، من ناحية أخرى ، يفتح الباب واسعاً للتحكم وعدم التحديد . ولعل ذلك هو ما دفع المشرع المصرى الى تحديد صور التعسف وتطبيقاته والابتعاد عن الصيغ العامة بسبب ما يحيط بها من غموض ، بل انه تجنب أيضاً استعمال اصطلاح التعسف لسعته وابهامه وآثر أن يصف الاستعمال المنهى عنه بأنه استعمال غير مشروع[1] . ونعرض فيما يلى للحالات الثلاث التى أوردها المشرع للاستعمال غير المشروع للحق .

---

(١) ويجرى قضاء محكمة النقض على أن تقدير التعسف والغلو فى استعمال الحق مما تستقل به محكمة الموضوع . نقض ١٣/٢/١٩٦٩ س٢٠ ص٣١٧.

الحالة الأولى : قصد الاضرار بالغير : يكون الشخص متعسفاً فى استعمال حقه إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . ويعتبر استعمال الحق غير مشروع إذا اقتصر هذا الاستعمال على نية الاضرار بالغير . فالقانون يقرر الحقوق لتحقيق المصالح لا كوسيلة للاضرار بالآخرين. فمعيار التعسف هنا ذاتى قوامه توافر قرينة الاضرار لدى صاحب الحق ، حيث يكون قصد الاضرار هو العامل الأساسى الذى دفع صاحب الحق الى استخدام السلطات التى يتضمنها ، ولو أدى استعمال الحق الى تحصيل منفعة لصاحبه لم يقصدها أصلاً ، بل ولو كان الاضرار مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى . مثال ذلك المالك الذى يبنى جداراً مرتفعاً أو يزرع أشجاراً كثيفة متعسفاً فى استعمال حقه ، حتى ولو زادت منفعة الأرض ، بل ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة ، مادام أن غرضه الأساسى كان الاضرار بالجار .

وينبغى اثبات أن صاحب الحق قد استعمله بقصد الاضرار بالغير ، ذلك أن الأصل فى الانسان حسن النية ، والأصل أن صاحب الحق يستعمله بطريقة مشروعة ، وعلى من يدعى العكس عبء اثبات ذلك . ويجوز اثبات قصد الاضرار بكافة طرق الاثبات . ولا شك أن اثبات تمحض قصد الاضرار بالغير يُعد أمراً عسيراً لأننا بصدد معيار ذاتى يستند الى أمور نفسية كامنة داخل النفس البشرية ، لهذا فإن القضاء يجرى فى أحكامه على استخلاص هذا القصد من قرينة قضائية تتمثل فى انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهتها .

ومن تطبيقات هذا النوع من التعسف دعاوى الافلاس الكيدية والتنفيذ الكيدى حيث تكشف عن تعسف الدائن فى

استعمال السلطات التى خوّلها له القانون لاستيفاء حقه ، وكذلك الدعاوى والدفوع القضائية الكيدية حيث تتضمن تعسفاً فى استعمال حق الالتجاء الى القضاء(١) .

الحالة الثانية : عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذى يحيق بالغير : يُعتبر الشخص متعسفاً فى استعمال حقه إذا كانت المصالح التى يرمى الى

---

(١) الأصل أن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد واستعماله لا يدعو الى مؤاخذة طالما صدر مطابقاً للحقيقة ولو كان الباعث عليه الانتقام والكيد لأن صدق المبلغ كفيل أن يرفع عنه تبعة الباعث السيء ، وان المبلغ لا يُسأل مدنياً عن التعويض إلا إذا خالف التبليغ الحقيقة أو كان نتيجة عدم ترو ورعونة. ومن المقرر أيضاً أن مجرد الابلاغ عن الوقائع الجنائية لا يعد خطأ موجباً للتعويض إلا إذا كان المبلغ يعلم بعدم صحة ما أبلغ به أو كان ابلاغه عن رعونة وعدم تبصر وكان فى مقدور الرجل العادى أن يتبيّن عدم صحة الواقعة المبلغ عنها . نقض ١٩٨٣/٦/٦ طعن ١٣٣١ س٤٨ق.

ان حق الالتجاء الى القضاء – وشأنه حق الشكوى الى الجهات العامة – وان كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً إبتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب اساءة استعماله هذا الحق . نقض ١٩٨٩/١٢/٢١ طعن ٦٥٤ س٥٥ق.

كما أن حق الدفاع فى الدعوى حق مشروع للمدعى عليه ولا يكون مسئولاً عما يرتبه من ضرر إلا إذا أساء استعماله – بالتغالى فيه أو التحيل به – اضراراً بخصمه . نقض ١٩٩٠/٥/٢٠ طعن ١١٢٤ س٥٨ق.

النقد المباح هو ابداء الرأى فى أمر أو عمل دون مساس بشخص صاحبه بغية التشهير به أو الحط من كرامته ، فيجب أن يلتزم الناقد العبارة الملائمة والألفاظ المناسبة وأن يتوخى المصلحة العامة وذلك باعتبار أن النقد ليس إلا وسيلة للبناء لا للهدم ، فإذا تجاوز النقد هذا الحد وجبت المساءلة باعتباره – مكوناً لجريمة سب او اهانة أو قذف حسب الأحوال . نقض ١٩٨١/٦/٢ س٣٢ ص١٦٦٢ .

ان توقيع الدائن حجزاً على ما للمدين لدى الغير لا يستوجب مسئوليته إلا إذا كان قد أساء استعماله بارتكابه خطأ لا يصح التسامح فيه . نقض ١٩٤٣/٤/١٥ طعن ٦٦ س١٢ق.

تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . أى أننا نوازن بين المصلحة التى تعود على صاحب الحق وا لضرر الذى يصيب الغير ، ولكن ليس المقصود هو تحقيق توازن كامل . قد يكون الشخص متعسفاً إذا تساوى الضرر والمصلحة ، أو زاد الضرر على المصلحة بنسبة معقولة . أما إذا رجح الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً كان هذا تعسفاً. فإذا كانت المصلحة التى يسعى الى تحقيقها تافهة قليلة الأهمية إذا ما قورنت بما يصيب الغير من ضرر كان استعمال الحق غير مشروع .

مؤدى ذلك ان معيار التعسف ، فى هذه الحالة ، يتسم بالطابع الموضوعى لا الشخصى ، حيث يقوم على انعدام التناسب بين الضرر الذى يحيق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق . وتلك مسألة يقدرها القاضى حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدة .

ولقد طبق المشرع هذا المعيار عدة مرات : « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من أرض جاره ، فرفض صاحب هذه الأرض التعويض الذى عرضه عليه البانى وطالب بهدم البناء رغم أن الجزء المشغول بالبناء من أرضه كان جزءاً يسيراً لا يبرر هذا الإصرار من جانبه ، فإنه يكون متعسفاً فى استعمال حقه ، فلا يُقبل منه طلب هدم البناء ، بل يجوز للمحكمة أن تجبره

على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى مقابل تعويضه عن قيمة ذلك الجزء تعويضاً عادلاً » . ومثال ذلك أيضاً « إصرار الدائن على أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ، رغم ما فى ذلك من ارهاق شديد بالمدين، ويرفض أن يكتفى بتعويض نقدى ، رغم أن الاقتصار على التعويض لم يكن ليلحق به ضرراً جسيماً » . ووجود عدة طرق ممكنة لاستعمال الحق ، إلا أن صاحبه يختار من بينها الطريق الأكثر إضراراً بالغير . وذلك كمالك يقيم مدخنة تؤذى الجار وكان يمكنه ، دون فوات منفعة عليه ، تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة فى مكان آخر(١) .

الحالة الثالثة : عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق : يعتبر صاحب الحق متعسفاً إذا استعمله ابتغاء تحقيق مصالح غير مشروعة . مثال ذلك استعمال المالك منزله لأغراض منافية للقانون والآداب . وصاحب العمل الذى يستعمل حقه فى انهاء خدمة

---

(١) انظر المواد ٢/٨١٨ ، ٢/، ٩٢٨،١٠٢٩ ، ٢/٢٠٣ مدنى .

ومن المقرر أن معيارالموازنة بين المصلح المبتغاة وبين الضرر الواقع هو معيار مادى قوامه الموازنة المجردة ين النفع والضرر دون نظر الى الظروف الشخصية للمنتفع أو المضرور يسراً او عسراً ، إذ لا تنبع فكرة اساءة استعمال الحق من دواعى الشفقة وإنما من اعتبارات العدالة القائمة على اقرار التوازن بين الحق والواجب . نقض ١٩٨٠/٨/٢٦ س٣١ ص٢٩٧.

وقضت بأن المصالح التى يرمى الطاعن الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب المطعون عليه من ازالة المنشآت التى اقامها ، لأن حائط الطاعن لم يصبه اى ضرر . نقض ١٩٨١/٦/٤ طعن ٢٦٣ س٤٨ق .

وقضت بأن المصلحة التى يرمى الطاعن الى تحقيقها استعمالاً لحقه المخوّل له بمقتضى القانون بزيادة عدد الوحدات السكنية فى المبنى المؤجر بالاضافة أو التعلية مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب المطعون عليه المستأجر من عيوب بسببها . نقض ١٩٨١/٤/٢٥ س٣٢ ص١٢٥٧.

العامل لمجرد التحاقه بنقابة العمال ، فهو يريد بذلك حرمان عماله من ممارسة حقوقهم النقابية التى خولّها لهم القانون . ولا شك أن المعيار هنا موضوعى مرن يخوّل المحكمة سلطة كبيرة فى رقابة استعمال الحق(١) .

(هـ) جزاء التعسف فى استعمال الحق :

يتمثل الجزاء على التعسف فى استعمال الحق فى التعويض عن الأضرار المترتبة عليه . والتعويض قد يكون عينياً أو نقدياً بحسب الأحوال . فمن يحفر أرضه بقصد الاضرار بمبنى الجار ويتسبب فى تصدع جدرانه يمكن الحكم عليه باصلاح الجدار المتصدع أو بمبلغ من النقود لتغطية ذلك الضرر .

وجزاء التعسف بصورتيه العينية أو النقدية يتسم بالطابع التعويضى ، فهو صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه ، ويتمثل فى ازالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض . ولكن بجانب هذا الجزاء يوجد جزاءاً وقائياً يميّز نظرية التعسف فى استعمال الحق بكيان خاص . يستهدف هذا الجزاء منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً قبل أن

---

(١)مثال ذلك ما جرى عليه قضاء النقض بأن المراد بالحق المقرر للحكومة فى فصل موظفيها بلا حاجة الى محاكمة تأديبية هو تفرد الحكومة بتقدير صلاحية الموظف واستمرار استعانتها به أو عدم استعانتها وليس معناه أن تستعمله على هواها ، ذلك أن هذه السلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها إلا أنها مقيّدة من حيث غايتها التى يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف فى استعمالها . فإن كان السبب الذى من أجله وقع الفصل لا يرجع الى المصلحة العامة ولا الى ذات الموظف كان الفصل فى هذه الحالة اجراء مخالف للقانون وحقت به مسئولية الحكومة . نقض ١٩٥٥/٦/٣٠ س٦ ص ١٣٣٤.

يترتب على هذا الاستعمال ضرر ما . يحتاج صاحب الحق أحياناً ، الى الالتجاء الى القضاء مطالباً بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله ، هنا يتأكد القاضى ، قبل اجابة طلب المدعى ، من وجود الحق من جهة ومن أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف من جهة أخرى . ويرفض القاضى طلب صاحب الحق إذا كان يتسم بالتعسف ، ويترتب على ذلك منع الاستعمال التعسفى أصلاً. مثال ذلك أن المؤلف لا يستطيع سحب مصنفه ، إذا كان قد تصرف فى حق استغلاله مالياً ، إلا بعد الحصول على اذن المحكمة إذا طرأت أسباب خطيرة تبرر ذلك[1] .

ومن تطبيقات المشرع للجزاء الوقائى : « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل » . « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به[2] » . فى مثل هذه الحالات يؤدى تطبيق مبدأ عدم جواز التعسف فى استعمال الحق الى انهاء الحق ذاته ، ومن ثم لا يوجد مجال للتعسف فى استعماله .

---

(١) انظر ما سبق ص ١٤٣ .

(٢) م ٩٢٨ ، ١٠٢٩ مدنى .

المبحث الثالث

وسائل حماية الحق

(أ) الحماية القانونية للحق :

ان الحق استئثار بقيمة أو بشىء معيَّن ، ويتمتع هذا الاستئثار بحماية القانون . وتعد الحماية القانونية أمراً لازماً لكى يقوم الحق ، وتكتمل له كل مقوماته . ولا يقوم الحق إلا إذا أقره القانون . واقرار القانون للشخص فى استئثاره يعد ركناً جوهرياً لقيام الحق . لا يستطيع الشخص ممارسة السلطات أو الافادة من المُكنات التى يخوّلها له الحق ، إلا إذا أقره القانون على ذلك . وتتحقق الحماية القانونية بأن يكفل القانون لصاحب الحق مباشرة السلطات اللازمة لتحقيق استئثاره بالقيمة موضوع حقه وتمكينه منها ، كما يتحقق أيضاً بدفع كل اعتداء يقع من الغير على هذا الاستئثار .

ان الهدف المقصود من الحماية القانونية هو تحقيق مصلحة لصاحب الحق يراها القانون جديرة بالحماية . فالقانون لا يتدخل بالحماية لكل المصالح ، وهو لا يعترف بالحقوق للأفراد إلا حيث تتفق مصلحة الفرد مع المصلحة العامة . ولهذا ينبغى أن يتقيّد استعمال صاحب الحق لحقه بالمصلحة العامة للجماعة . فإن تقيّد بهذا الحد كان الاستعمال مشروعاً يحميه القانون . أما إن تجاوز هذا الحد فإن الاستعمال يكون غير مشروع لا يستحق الحماية ، ويكون صاحب الحق متعسفاً فى استعمال حقه ويلتزم بتعويض الضرر الذى قد ينشأ عنه بالغير .

إذا التزم صاحب الحق الاستعمال المشروع لحقه كان

جديراً بالحماية . فإذا تعرض له الغير فى هذا النطاق المشروع كان لا بد وأن يُزود بالطرق القانونية التى تمكنه من دفع هذا التعرض ، حتى يتمكن من الوصول الى حقه . والطرق التى يقرها القانون للشخص ، إذا ما نازعه الغير فى حقه أو عندما يصير هذا الحق مهدداً ، هى الدعوى أو الدفع أمام القضاء .

(ب) الدعوى أو الدفع كوسيلة لحماية الحق :

ان الدعوى والدفع هما أداة التعبير عن الحماية القانونية للحق ، فهما الوسيلتان اللتان يتمكن بهما صاحب الحق من رد كل تعرض من الغير ، ودفع كل ما وقع على حقه من اعتداء . وتظهر وسيلة الدفاع عن الحق فى حالة وقوع اعتداء عليه من الغير ، أو إذا كان هذا الاعتداء وشيك الوقوع . فالدعوى هى الوسيلة التى يلجأ اليها صاحب الحق لحماية حقه ورد الاعتداء عليه . فهى الوسيلة القانونية التى يتوجه بها الشخص الى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته . وقد تتمثل هذه الوسيلة فى الدفع أمام القضاء ، وذلك فى حالة ما إذا نوزع صاحب الحق فى حقه من خلال دعوى قضائية يرفعها عليه الغير . يتمثل الدفع فيما يثيره من ترفع عليه الدعوى من دفوع لاسقاط طلب رافع الدعوى .

ومن المقرر أن كل حق يقابله واجب عدم الاعتداء عليه . فهناك واجب عام يقع على الكافة باحترام حق الغير ، وعدم الاعتداء عليه ، أياً كان هذا الحق : شخصياً أو عينياً أو معنوياً.

وهناك واجب خاص يقع على عاتق المدين ، فى الحقوق الشخصية ، باحترام حق الدائن والوفاء به . وإذا حدث اعتداء على الحق كان لصاحبه أن يلجأ الى السلطة العامة ، عن طريق القضاء ، طالباً الحماية القانونية لحقه . ويتم طلب

الحماية من خلال الدعوى أو الدفع . وتتولى السلطة العامة توقيع الجزاء على مخالفة القاعدة القانونية المنشئة للحق المعتدى عليه . والجزاء قد يكون جنائياً يوقع من خلال الدعوى الجنائية ، وقد يكون مدنياً من خلال الدعوى المدنية .

(جـ) الدعوى الجنائية والدعوى المدنية :

ان حماية الحق قد تكون حماية مدنية وقد تكون حماية جنائية . فالدعوى كوسيلة لحماية الحق تختلف باختلاف الحق المعتدى عليه . يعتبر القانون ، فى بعض الأحيان ، ان الاعتداء على الحق يمثل تعدياً على المجتمع ذاته . فهناك بعض الحقوق التى لا يعد الاعتداء عليها اعتداء على صاحب الحق نفسه فحسب بل يعد كذلك اعتداء على الجماعة نفسها . وعندئذ يقرر القانون عقاب كل من يرتكب هذا الاعتداء معتبراً فعله جريمة جنائية . وتكون الدعوى فى هذه الحالة دعوى جنائية . هذه الدعوى لا يرفعها الأفراد ، بل تتولى النيابة العامة ، باعتبارها ممثلة للجماعة ، مباشرة تلك الدعوى وطلب تعقب المعتدين وتوقيع العقاب عليهم . وتختص المحاكم الجنائية بنظر الدعوى الجنائية .

وإذا وقع اعتداء على حق لشخص من الأشخاص ، وكان هذا الاعتداء يشكل جريمة ، جاز لهذا الشخص مقاضاة المعتدى عن طريق الدعوى المدنية التى يمكن رفعها ، استثناءاً ، أمام المحكمة الجنائية بمناسبة نظرها للدعوى الجنائية التى رفعتها النيابة العامة على الجانى . أى أنه يجوز لمن يلحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بالحق المدنى لجبر ما أصابه من ضرر ، ويكون ذلك عن طريق الدعوى المدنية . فإذا

أصيب شخص فى حادث سيارة ، وأقامت النيابة العامة الدعوى الجنائية ضد قائد السيارة ، كان للمصاب أن يرفع دعواه المدنية بالتعويض أمام القضاء الجنائى وبمناسبة نظر الدعوى الجنائية . ويشترط لقبول الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائى أن يكون الضرر الذى لحق المدعى ناشئاً عن الجريمة التى ينظرها ذلك القضاء .

وإذا تقاعست النيابة العامة عن تحريك الدعوى كان لصاحب الحق المعتدى عليه أن يحرك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر بشرط أن تكون الواقعة جنحة أو مخالفة ، فلا يقبل الادعاء المباشر فى الجنايات . إلا أنه متى تم تحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر فإن سلطة مباشرة تلك الدعوى تكون للنيابة العامة وحدها دون المدعى المدنى الذى لا يعتبر خصماً فيها ، بل يقتصر دوره على مجرد تحريكها كوسيلة للادعاء بحقه المدنى .

وينبغى ملاحظة أن فتح باب الادعاء المدنى أمام القضاء الجنائى هو ميزة اضافية تقررت للمضرور بالاضافة الى حقه الثابت أصلاً فى اللجوء الى القضاء المدنى من خلال الدعوى المدنية . وهى الدعوى التى يرفعها الشخص للدفاع عن حقه ، لأنها تقوم على حق مدنى أى حق خاص . ويوفر القانون للحقوق الخاصة بالأفراد وسائل الحماية المدنية . تختلف تلك الوسائل باختلاف نوع الحق . فهناك وسائل خاصة بالحقوق اللصيقة بالشخصية ، وهناك حماية خاصة بالحقوق الذهنية . وقد سبق أن تعرضنا لتلك الصور من قبل ، لذا نكتفى فى هذا المقام ، بدراسة وسائل الحماية المدنية بالنسبة للحقوق المالية .

(د) حماية الحقوق المالية :

بالنسبة لحماية الحقوق المالية ، ينبغى التفرقة بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية :

١- **الحقوق الشخصية** : ان الحق الشخصى هو رابطة بين شخصين يلتزم أحدهما بأداء معيّن قبِلَ الآخر ، هذا الأداء قد يكون القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو اعطاء . يستطيع الدائن صاحب الحق الشخصى أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه . وحماية الحق الشخصى تكون قبِلَ المدين من جهة وفى مواجهة الغير من جهة أخرى .

أولاً : بالنسبة للمدين ، تكون حماية الحق الشخصى من خلال الزام وإجبار المدين على تنفيذ ما التزم به . والأصل هو التنفيذ العينى الاختيارى للالتزام ، فإذا امتنع المدين وجب جبره على القيام بتنفيذ عين ما التزم به . وهذا هو التنفيذ العينى الجبرى . ويُشترط لاجبار المدين على تنفيذ ما التزم به عيناً أن يكون هذا التنفيذ ممكناً وغير مرهق للمدين .

وإذا تعذر حصول الدائن على تنفيذ الالتزام الواقع على عاتق المدين تنفيذاً عينياً مجدياً ، جاز له أن يطلب التنفيذ بمقابل أى أن يقتضى تعويضاً يقوم مقام التنفيذ العينى . والتعويض عبارة عن مبلغ نقدى يحكم به القاضى لتغطية ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم التنفيذ العينى للالتزام . والتنفيذ بمقابل أو التعويض ليس إلا طريقاً احتياطياً لا يلُجأ اليه إلا إذا تعذر التنفيذ العينى ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية : ١- إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بفعل المدين ، كتعهد شخص باقامة حفلة لمناسبة معيّنة ، ويتقاعس عن ذلك حتى تمر المناسبة . ٢- إذا كان

التنفيذ العينى مرهقاً للمدين ، بحيث يؤدى اجباره على التنفيذ العينى الى إلحاق ضرر فادح به لا يتناسب مع ما سيلحق الدائن من ضرر نتيجة عدم التنفيذ . ٣- إذا كان فى إجبار المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية ، كالتزام فنان برسم لوحة أو بالغناء فى حفلة .

ثانياً : بالنسبة للغير ، إذا اعتدى الغير على حق الدائن ، فإنه يكون قد أخلّ بالواجب العام الملقى على عاتق الكافة باحترام حق الدائن وعدم التعرض له ، ويُعد ذلك خطأ يستوجب تعويض ما ترتب عليه من ضرر ، فينشأ للدائن حق فى التعويض قِبَل الغير على أساس المسئولية التقصيرية . ولعل الصورة الغالبة لاعتداء الغير على حق الدائن هى تحريض المدين على الاخلال بالتزامه . كتحريض صاحب عمل العامل الذى يعمل فى مصنع منافس على الاخلال بالتزاماته قِبَل صاحب المصنع لكى يعمل لديه هو ، يُعد ذلك تعدياً على حق صاحب المصنع وفعل خاطئ يستوجب التعويض طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية .

٢- **الحقوق العينية** : ان حماية الحقوق العينية تتم من خلال ثلاثة أنواع من الدعاوى :

أولاً : الدعوى العينية : يتمتع صاحب الحق العينى بدعوى عينية لحماية حقه ، ويختلف موضوعها بحسب الأحوال . فإذا اغتصب شخص ملك شخص آخر بغير حق ، فللمالك أن يرفع دعوى استرداد الملكية مطالباً باسترداد ملكه . ولصاحب حق الانتفاع أن يرفع دعوى تقرير حق الانتفاع على المالك الذى ينكر عليه حقه . ومثله فى ذلك مثل سائر

أصحاب الحقوق العينية ، إذ يستطيع صاحب حق الارتفاق أن يرفع الدعوى العينية ضد مالك العقار الذى ينكر عليه حقه .

ثانياً : دعاوى الحيازة : كفل المشرع حماية الحيازة فى ذاتها إذا كانت واردة على عقار . فإذا كان الشخص غير مالك للعقار ، إلا أنه يحوزه حيازة قانونية ، واعتدى الغير على حيازته ، استطاع دفع هذا الاعتداء بدعاوى الحيازة ، وهى ثلاث : دعوى منع التعرض ، ودعوى وقف الاعمال الجديدة ، ودعوى استرداد الحيازة . ويستطيع من يحوز العقارحيازة مستوفية للشروط القانونية أن يدفع عن طريق تلك الدعاوى اعتداء الغير على حيازته دون حاجة الى اثبات حق عينى يستند اليه فى تلك الحيازة . فالمشرع يحمى الحيازة فى ذاتها، وذلك محافظة على النظام والأمن . ولا يجوز للمدعى عليه فى دعوى الحيازة – المعتدى – أن يدفعها بالاستناد الى حق يدعيه على العقار . ويستطيع من ينكر على الحائز حقه على العقار أن يرفع عليه دعوى بأصل الحق الذى يدعيه .

ثالثاً : الدعوى الشخصية : يستطيع صاحب الحق العينى رفع دعوى شخصية قِبَل من يعتدى على حقه للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى حلت به بسبب هذا الاعتداء ، وذلك طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية .

القسـم الثانى
الشخصية القانونية

ان الإقـرار بوجـود الحق يقتـضى التسليم بوجـود الأشخاص les personnes الذين يُنسب اليهم هذا الحق ، والشخص هو كل كائن يمكن أن يُنسب اليه الحق ، سواء أكان الطرف الايجابى le sujet actif ، أى صاحب الحق أو كان الطرف السلبى le sujet passif أى المدين به أو الملتزم باحترمه. يتضح من ذلك أن الشخص يُعد ركناً أساسياً فى الحق أو عنصراً من عناصره .

والشخص فى لغة القانون له مدلول مغاير لمعناه فى اللغة العادية . فالشخص فى غير المجال القانونى هو الانسان، وفى الميدان القانونى يعنى اصطلاح « الشخص» معنى خاصاً، يُقصد به كل كائن صالح لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات ، أى هو من يتمتع بالشخصية القانونية .

تثبت الشخصية القانونية للانسان ، ويُقال له الشخص الطبيعى . وتثبت هذه الشخصية كذلك لغير الانسان هو ما يُطلق عليه الشخص الاعتبارى أو المعنوى . وهو جماعة من الأفراد أو مجموعة من الأموال مثل الجمعية والشركة والمؤسسة . فالشخصية القانونية هى صلاحية كائن معيّن لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، ولا يُشترط أن تشمل هذه

الصلاحية جميع الحقوق والالتزامات ، بل يكفى أن تتوافر الصلاحية ولو لكسب حق واحد . يتضح من ذلك أن مصطلح «الشخص» فى نظر القانون يشمل كل من : الشخص الطبيعى ، والشخص الاعتبارى . ونعرض لدراسة كل منهما فى باب مستقل .

الباب الأول

الشخص الطبيعى

La Personne Physique

الشخص الطبيعى هو الانسان ، تثبت الشخصية القانونية لكل انسان بصفته انساناً، ولم يكن الحال كذلك فى الشرائع القديمة ، فلم يكن للرقيق ، مثلاً ، أية شخصية قانونية ، حيث كان لسيده عليه حق ملكية ، فهو كالشىء تماماً . وكذلك كان الأمر بالنسبة لنظام الموت المدنى la mort civile الذى ظل موجوداً فى بعض الشرائع الى عهد قريب ، وكان من شأنه اهدار شخصية المحكوم عليه فى بعض الجرائم وتجريده من الحقوق ، فتختفى بذلك شخصيته القانونية ولا يصلح بذلك لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، لأنه يعد ميتاً فى نظر القانون رغم بقائه حياً من حيث الواقع .

تثبت الشخصية القانونية للانسان دون الحيوان . أما عن القوانين التى تقرر حماية خاصة للحيوان ، كالرفق به وحسن معاملته ، فإنها لا تجعل من هذا الالتزام الذى يفرض على الانسان حقاً للحيوان . وترتكن تلك القوانين الى فكرة أخلاقية وترمى الى تحقيق المصلحة العامة بل ومصلحة الانسان نفسه .

تثبت الشخصية القانونية لكل انسان بمجرد ولادته . فالانسان يصبح بمجرد وجوده شخصاً فى نظر القانون لأنه صالح للتمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات . ولا يشترط

لوجود الشخصية قدرة الشخص على اكتساب الحق والتحمل بالالتزام بنفسه بل يمكن أن يتم ذلك عن طريق من يمثله . فتلك القدرة تثبت للانسان إذا وصل الى مرحلة التمييز . وتثبت الشخصية للطفل غير المميّز والمجنون رغم كونهما فاقدى الارادة لانعدام التمييز .

نعرض لدراسة الشخص الطبيعى فى فصلين : نبيّن فى الأول معالم الشخصية ، ونتعرّف فى الثانى على الأهلية .

الفصل الأول
معالم الشخصية

تبدأ شخصية الانسان بميلاده وتنتهى بوفاته . ويكون له اسم يتميّز به ، ومركز قانونى فى المجتمع الذى يعيش فيه ، وموطن يخاطب فيه ، وذمة مالية تضم حقوقه والتزاماته ذات الطابع المالى . ونعرض لذلك فى المباحث التالية .

المبحث الأول
مدة الشخصية

تبدأ شخصية الانسان ، كقاعدة عامة ، بتمام ولادته حياً ، وتنتهى بموته . نعرض لبدء الشخصية ثم لنهايتها .

المطلب الأول
بدء الشخصية

(أ) تبدأ شخصية الانسان بولادته حيًا :

القاعدة فى القانون المصرى أن شخصية الانسان تبدأ بتمام ولادته حياً . مؤدى ذلك أنه يلزم شرطان لبدء الشخصية : الأول : تمام الولادة ، الثانى ، الحياة .

تتم لولادة بخروج المولود وانفصاله عن أمه انفصالاً تاماً ، ولا يكفى خروج جزء من الجسم ولو كان أكثره . وينبغى أن يكون الوليد حياً ولو للحظة واحدة بعد الانفصال . ولا يكفى حياة المولود أثناء الولادة إذا مات قبل تمامها ، أياً كان سبب الوفاة . فالجنين الذى يموت فى بطن أمه أو أثناء الولادة لا

تثبت له الشخصية القانونية . ويستوى فى ذلك أن تكون الوفاة طبيعية أم بفعل فاعل . ويثبت تحقق الحياة بالعلامات الظاهرة ، كالبكاء والصراخ والتنفس . وعند الاختلاف يمكن للقاضى الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء .

ويكفى أن يولد الشخص حياً vivant ولا يلزم أن يكون قابلاً للحياة viable كما يشترط القانون الفرنسى ، حيث يلزم لديه أن يكون الوليد مستكملاً لجميع الأعضاء الأساسية للبقاء على قيد الحياة .

يتفق الحكم السابق مع الرأى السائد فى الفقه الاسلامى ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعى وابن حنبل . ويخالف مذهب الامام أبى حنيفة الذى يثبت الشخصية للمولود إذا خرج معظمه حياً ، بل ان الجنين الذى يولد ميتاً بفعل فاعل تثبت له الشخصية على اعتبار أنه قد ولد حياً حكماً . وتبدو أهمية هذا الخلاف فى حالة الميراث . فإذا توفى المورث (الأم مثلاً) قبل تمام الولادة فإن الجنين يمكن أن يرث طبقاً للمذهب الحنفى ويدخل حقه فى التركة فى ذمته حتى ولو مات بعد ذلك مباشرة . والعكس صحيح بالنسبة للمذاهب الأخرى .

والميلاد يُعد واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرف بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن ، ولكن نظراً لأهمية تلك الواقعة وما يترتب عليها من آثار أوجب القانون على الوالدين والأقرباء قيد المولود فى السجلات الرسمية لدى المكاتب المختصة . وتعتبر السجلات بما تحويه من بيانات والصورة الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم ، ويجب على الجهات الحكومية

الاعتماد فى مسائل الأحوال المدنية على البيانات المقيدة فى هذه السجلات (١) .

(ب) مركز الجنين (الحمل المستكن) :

يعترف المشرع ، على سبيل الاستثناء ، للجنين بشخصية محدودة يثبت له بمقتضاها بعض الحقوق . أهمها الحق فى ثبوت نسبه لأبيه . وله كذلك الحق فى الارث حيث يوقف للحمل أوفر النصيبين من تركة المتوفى على تقدير أنه ذكر أو أنثى . وتجوز أيضاً الوصية للجنين . ويمكن الاشتراط لمصلحته كاستفادته من عقد تأمين أبرمه شخص لفائدته .

ويكون للجنين ولىّ يتولى الولاية على ماله . ويجوز اقامة وصى عليه . ويملك هذا الولىّ أو الوصى قبول الوصية أو ردها . ويكون له كذلك قبول الهبة عنه .

يتضح مما سبق أن القانون يعترف للجنين بشخصية محدودة تتمثل فى أهلية وجوب قاصرة على الصلاحية لاكتساب الحقوق النافعة نفعاً محضاً . غير أن هذه الشخصية غير باتة حيث لا يتأكد وجودها واستقرارها إلا بتمام ولادة الجنين حياً . فإذا ولد حياً اعتبر شخصاً

---

(١)قانون ١٤٣/ ١٩٩٤ ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ١٢٢١ لسنة ١٩٩٥. ولعل أهم ما ورد فى هذا القانون هو إختصاص مكاتب الصحة بتلقى إخطارات التبليغ عن وقائع الميلاد التى تحدث داخل الدولة للمواطنين والأجانب المقيمين. وتقوم تلك المكاتب بقيد التبليغات وارسالها لأقسام السجل المدنى المقابلة (م٤) . تعتبر السجلات التى تمسكها مصلحة الأحوال المدنية وفروعها بما تشتمل عليها من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم قضائى . ويجب على جميع الجهات الحكوميه وغير الحكومية الاعتداد فى مسائل الأحوال المدنية بالبيانات المقيدة فى هذه السجلات والصور (م١٢) . يجب التبليغ عن وقائع الميلاد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ حدوث الواقعة ويكون التبليغ من المكلفين به وهم: ١- والد الطفل إذا كان حاضراً . ٢- والدة الطفل شريطة إثبات العلاقة =

واستقرت له هذه الحقوق منذ ثبوتها له أثناء الحمل لا من وقت الميلاد . وإذا ولد ميتاً اعتبر كأن لم يكن ولم يستحق شيئاً من الحقوق التى تقررت له . ويتم رد الميراث والوصية والهبة الى أصحاب الحق فيها .

المطلب الثانى

نهاية الشخصية

تنتهى شخصية الانسان بالموت . والموت قد يكون حقيقياً ، وقد يكون حكمياً فى حالة المفقود .

= الزوجية. ٣-مديرو المستشفيات والمؤسسات العقابية ودور الحجر الصحى وغيرها من الأماكن التى تقع فيها الولادات كما يجوز التبليغ ممن حضر الولادة من الأقارب والأصهار البالغين حتى الدرجة الثانية . ويسأل عن عدم التبليغ فى المواعيد المقررة المكلفون به بالترتيب السابق ، ولا يجوز قبول التبليغ من غير الأشخاص السابق ذكرهم (م١٩ ، ٢٠) . فى حالة عدم التبليغ عن واقعة الميلاد خلال المدة المحددة بالقانون تعتبر الواقعة ساقط قيد الميلاد (م٤٣) . يختص مديرو إدارات الأحوال المدنية بفحص طلبات ساقطى القيد واصدار قرارات القيد إذا قدم الطلب خلال عام من تاريخ الواقعة (م٤٤) . إذا توفى مولود قبل التبليغ عن ولادته ، فيجب التبليغ عن ولادته ثم وفاته ، أما إذا ولد ميتاً بعد الشهر السادس من الحمل فيكون التبليغ مقصوراً على وفاته (م٢٨) . إذا عثر على طفل حديث الولادة مجهول الوالدين يسلم فوراً بالحالة التى عثر عليها بها لإحدى الجهات الآتية : ١- إحدى المؤسسات المعدة لاستقبال الأطفال حديثى الولادة ، ٢- جهة الشرطة ، ٣- العمدة أو الشيخ فى القرى . وإذا رغب أى من والدى الطفل الاقرار بأبوته أو أمومته وجب عليه أن يتقدم بطلبه إلى جهة الشرطة التى عُثر عليه بدائرتها (م٢٥) . يكون قيد الطفل غير الشرعى طبقاً للبيانات التى يدلى بها المبلغ وعلى مسئوليته عدا إثبات اسمى الوالدين أو أحدهما فيكون بناء على طلب كتابى ممن يرغب منهما ، ولا يكسب القيد فى السجل أو الصور المستخرجة منه أى حق يتعارض مع القواعد المقررة فى شأن الأحوال الشخصية (م٢٦) .

الفرع الأول

انتهاء الشخصية بالموت الحقيقى

(أ) اثبات واقعة الوفاة :

تلازم الشخصية القانونية الشخص فى حياته فقط ، فهى تنتهى بالموت أى بنهاية الحياة (١). ويوجب القانون الابلاغ عن واقعة الوفاة الى الجهة الادارية المختصة خلال مدة زمنية معيّنة . وينبغى قيد الوفاة فى السجلات المعدة لذلك بعد التحقق من شخصية المتوفى . ولا يجوز الدفن إلا بعد التبليغ واجراء القيد.

لا شك أن الأوراق المستخرجة من السجلات الرسمية تساعد فى اثبات الوفاة ، إلا أن هذه الأوراق ليست لها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الوفاة . فالوفاة باعتبارها واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات (٢) .

---

(١) وتثور الصعوبة بالنسبة لتحديد المقصود بالوفاة ووقت حدوثها . فمن المقرر أن الوفاة لا تتم بمجرد توقف القلب بل بتوقف المخ . ويختلف العلماء بين قائل بأن الوفاة تتم بتوقف جذع المخ دون قشرته ولو استعان بأجهزة لابقاء أعضاء جسمه الأخرى حية وقائل بتوقف المخ كلية . وهناك رأى يذهب إلى انه يلزم موت كل أعضاء الجسم ومفارقتها للحياة ولا يعتد بالحياة الصناعية عن طريق الأجهزة . ويتفق ذلك مع فقهاء الشريعة حيث يرون بأن الموت هو الحرارة حتى تبرد والدم حيث يجمد .

(٢) وطبقاً للقانون ١٩٩٤/١٤٣ يجب التبليغ عن الوفيات إلى مكتب الصحة المختص أو الجهة التى يحددها الوزير أو إلى العمدة أو الشيخ فى القرى ، وذلك خلال ٢٤ ساعة من تاريخ الوفاة أو ثبوتها ويتم إرسال هذه التبليغات إلى أقسام السجل المدنى المقابلة (م٤ ، ٢٥) . يتم التبليغ من أقارب المتوفى أو ممن يسكن معه أو الطبيب المكلف بإثبات الوفاة أو صاحب المحل الذى حدثت به الوفاة (مستشفى أو فندق أو مدرسة أو سفينة ...) (م٣٦) إذا كان المتوفى مجهول الشخصية وجب اخطار جهة الشرطة المتوفى بدائرتها (م٣٩) . يجب على مكتب الصحة إصدار التصريح بالدفن فور تلقى التبليغ عن واقعة الوفاة =

(ب) لا تركة إلا بعد سداد الديون :

لا يترتب على انتهاء الشخصية القانونية للانسان بالوفاة انقضاء كافة حقوقه والتزاماته . فالحقوق اللصيقة بالشخصية والحقوق المالية التى يُعتبر شخص المتوفى عنصراً جوهرياً فيها كحق الاستعمال وحق السكنى فتنقضى بالوفاة . وتنتقل الحقوق المالية كقاعدة عامة الى الورثة باعتبارها تركة .

أما بالنسبة للالتزامات فإنها لا تنقضى بالوفاة إلا إذا كانت قائمة على الاعتبار الشخصى مثل التزام العامل بأداء العمل والتزام الفنان بأداء عمل فنى معيّن . مؤدى ذلك أن التزامات المتوفى لا تنقضى بل ينبغى الوفاء بها ، إلا أن هذه الالتزامات لا تنتقل الى الورثة ، ولا يلتزمون بالوفاء بها من أموالهم الخاصة ، بل تتحملها التركة بحيث تستوفى منها قبل انتقالها الى الورثة . وهذا ما يُعرف بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون (١) التى أخذها القانون من الشريعة الاسلامية إعمالاً لقول الله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

= مرفقاً به الكشف الطبى الصادر من مفتش الصحة أو الطبيب المكلف بإثبات الوفاة والذى يفيد ثبوت واقعة الوفاة (م٣٨) .

(١) مؤدى قاعدة « أن لا تركة إلا بعد سداد الدين » أن تركة المدينين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخوّل لهم تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف اليهم مادام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة . نقض ١٩٦٢/٦/٧ س١٣ ص ٧٧٤.

إذا كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وكانت التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة فإن ديون المورث تتعلق بتركته ولا تنشغل بها ذمة ورثته ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث الى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا فى حدود ما آل اليه من اموال التركة . نقض ١٩٧٨/٦/١٩ س٢٩ ص ١٤٩٥.

وقد اختلف الفقهاء فى تأصيل تلك القاعدة . ذهب جانب من الفقه الى أن شخصية المتوفى تمتد ، على سبيل الاستثناء فى حالة وجود ديون ، امتداداً اعتبارياً لفترة مؤقتة الى أن تسدد ديونه وتنفذ وصاياه . فالانسان يعتبر حياً حكماً أى بحكم القانون لا الواقع ، ولا تنتقل أمواله الى الورثة فور الوفاة بل تظل باقية على حكم ملكه حتى سداد الديون وتنفيذ الوصايا .

ويذهب الرأى الراجح الى رفض الاتجاه السابق القائم على افتراض أو مجاز لا تدعو اليه ضرورة . فالواقع أن شخصية المورث تنتهى بالوفاة . وتنتقل أموال التركة جميعاً ، بما لها وما عليها ، الى الورثة فور موت المورث . ولكن الورثة لا يلتزمون بالديون التى كانت على مورثهم إلا فى حدود ما آل اليهم من أموال . مؤدى ذلك أن الوارث غير مسئول شخصياً عن ديون المتوفى ، بل تنحصر مسئوليته فيما تلقاه من مورثه من أموال ، أى أن مسئولية الوارث تكون عينية فى حدود أموال التركة . فالوارث وإن كان يتملك أموال المورث فور الوفاة ، إلا أن هذه الملكية لا تكون خالصة إلا بعد سداد الديون .

الفرع الثانى

انتهاء الشخصية بالموت الحكمى (المفقود)

(أ) المقصود بالمفقود :

المفقود هو الشخص الذى غاب عن موطنه بصفة دائمة أو إختفى فى ظروف معيّنة ، وانقطعت أخباره ، بحيث لا تُعرف حياته من مماته . ويترتب على ذلك اهتزاز مركزه القانونى وتعليق العديد من الآثار والمراكز القانونية الأخرى المرتبطة به كزوجته وأمواله . فلا يُعرف ما إذا كان الشخص حياً فتظل له شخصيته ، أم ميتاً فتزول عنه هذه الشخصية . ويبيح

القانون ، فى هذه الحالة ، نزولاً على مقتضيات الحياة العملية ، اعتباره ميتاً متى توافرت شروط معيّنة .

فالأصل أن شخصية الانسان تنتهى بالموت الحقيقى . إلا أنه ليس من المصلحة ترك مركز المفقود معلقاً دون تحديد مصير أمواله وزوجته ، لا سيما إذا طالت غيبته وغلب احتمال وفاته . لهذا يُحكم باعتبار المفقود ميتاً حكماً لا حقيقة ، وتنتهى بذلك شخصيته ولو لم تثبت وفاته بدليل يقينى .

والمفقود يختلف عن الغائب الذى تكون حياته محققة ولكنه لا يوجد فى موطنه أو محل اقامته ، وقد يكون مجهل الاقامة أو له عنوان معلوم بالخارج . ولهذا فإنه لا يُعد مفقوداً وتظل شخصيته القانونية قائمة ، وكل ما هنالك ان غيابه يؤدى أحياناً الى عرقلة مصالحه واستحالة مباشرتها . لذا يجوز ، بناء على طلب ذوى الشأن ، للمحكمة أن تقيم وكيلاً عنه يتولى إدارة شئونه أثناء غيابه .

لم ينظم القانون المدنى أحكام المفقود والغائب ، ونص على أن تسرى فى شأنهما الأحكام المقررة فى قوانين خاصة . فإن لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية (١).

(ب) الحكم باعتبار المفقود ميتًا :

يفرّق المشرع بين ثلاثة فروض للمفقود :

الأول : المفقود فى حرب أو حادث سفينة أو طائرة: إذا ثبت أن المفقود كان على ظهر سفينة غرقت ، أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد

---

(١) م ٣٢ مدنى . المادة ٢١ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدلة بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، والتى تم تعديلها حديثاً بالقانون ٣٣ لسنة ١٩٩٢.

أثناء العمليات الحربية ، هنا يعتبر المفقود ، فى هذه الحالات ، ميتاً بعد مضى سنة واحدة من تاريخ فقده .

ولا بد من صدور قرار من رئيس مجلس الوزراء فى حالة غرق السفينة أو سقوط الطائرة ، وقرار من وزير الدفاع فى حالة العمليات الحربية ، لبيان أسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى أى من هذه الحالات . ولا يصدر القرار ، فى جميع الأحوال ، إلا بعد مرور سنة على الفقد ، وبعد التحرى بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ما إذا كان المفقود حياً أو ميتاً واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك . ويقوم هذا القرار مقام الحكم القضائى بموت المفقود ، مؤدى ذلك أن المفقود يعتبر ميتاً قانوناً وتنتهى شخصيته ابتداء من تاريخ صدور القرار . ولا يرتب القرار آثاره إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

الثانى : المفقود فى حالة يغلب عليها الهلاك: قد يُفقد الشخص فى ظروف يغلب عليها الهلاك بخلاف الحالات الثلاث السابقة ، كمن فقد فى كارثة زلزال أو فيضان أو حريق أو فى بلد انتشر به وباء معيّن . هنا يُحكم بموت المفقود بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده . وتصدر محكمة الأحوال الشخصية حكمها ، بعد مضى هذه المدة ، باعتبار المفقود ميتاً بناء على طلب ذوى الشأن بعد التحرى بجميع الطرق الممكنة.

الثالث : المفقود فى الظروف العادية: مثال ذلك الشخص الذى يترك منزله أو يسافر لغرض علمى أو سياحى أو تجارى ثم تنقطع أخباره مدة طويلة من الزمن ، بحيث لا تُعلم حياته من مماته . فى هذه الحالة يفوض القانون المحكمة فى تحديد المدة التى تحكم بموت المفقود بعدها . فالقاضى يقدر المدة التى يستخلص منها قرينة احتمال وفاة

المفقود ويحكم باعتباره ميتاً . وطبقاً للنص فإن هذه المدة لا يمكن أن تقل عن أربع سنوات . وهذا أمر بديهى فلا يُعقل أن تقل المدة المقررة للظروف العادية عن المدة المقررة فى حالة غلبة الهلاك . فقد تزيد المدة عن أربع سنوات بقليل أو كثير حسب تقدير القاضى وبعد الرجوع الى ظروف الحالة المعروضة ، وذلك بعد التحرى عن المفقود بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً .

(جـ) آثار الحكم باعتبار المفقود ميتاً :

يجب أن نُفرّق بين مركز المفقود قبل الحكم وبعده :

١- مركز المفقود قبل الحكم : يُعامل المفقود ، فى الفترة ما بين الفقد وصدور قرار أو حكم بموته ، معاملة الغائب . تبقى أمواله على ملكه ولا يجوز توزيع تركته لأنه لم يصبح بعد ميتاً حقيقة أو حكماً . فإذا كان للمفقود وكيلاً قبل فقده فإن الوكالة تظل قائمة لمباشرة شئونه . وإذا لم يكن له وكيل، تعيّن المحكمة وكيلاً أو قيّما للمحافظة على أمواله وإدارتها.

ويوقف للغائب نصيبه المستحق من ميراث أو وصية حتى يتضح مصيره . فإذا مات مورثه أو من أوصى له بوصية تم حجز نصيبه من الارث أو المال الموصى به الى حين تحديد مصيره ، إما بظهوره حياً أو بوفاته حقيقة أو حكماً .

وتظل زوجة الغائب على حكم الزواج منه ، فلا يجوز لها الزواج من غيره . ويجوز لها أن تطلب من القاضى الحكم لها بالتطليق إذا تضررت من غيبة الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه (١).

---

(١) م ١٢ من القانون ١٩٢٩/٢٥ ، م ٧٤ - ٧٦ من قانون الولاية على المال ، م ٤٥ من قانون المواريث .

٢- مركز المفقود بعد الحكم : يترتب على صدور قرار من رئيس الوزراء أو وزير الدفاع ، أو صدور حكم باعتبار المفقود ميتاً ، انتهاء شخصيته من تاريخ صدور القرار أو الحكم ، ويُعامل معاملة الميت منذ ذلك التاريخ . وفى حالة صدور قرار باعتبار المفقود ميتاً فإن هذا القرار لا يرتب آثاره إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

- فبالنسبة للزوجة فإنها تعتد عدة الوفاة منذ ذلك التاريخ (صدور الحكم أو نشر القرار) ، ويحل لها بعد انقضاء العدة أن تتزوج من غيره .

- تقسّم تركة المفقود بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار ، أما من مات منهم قبل ذلك ، ولو أثناء نظر دعوى الفقد ، فلا يرث منه .

- أما بالنسبة لأموال الغير ، فإن المفقود يعتبر ميتاً من يوم الفقد . بمعنى أنه بالنسبة الى الحقوق التى تنفع المفقود وتضر غيره ، فإنه يعتبر ميتاً من تاريخ الفقد وليس من تاريخ الحكم أو القرار الصادر باعتباره ميتاً . فإذا مات قريب للمفقود وكان يرث فيه ، فإنه يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حياً أخذ هذا النصيب ، وإن حكم بموته رُد نصيبه على من يستحقه من الورثة وقت موت المورث . ونفس الشيء بالنسبة للوصية . فإذا أوصى شخص للمفقود بمال معيّن ثم توفى الموصى قبل معرفة مصير المفقود ، فإن هذا المال يوقف له ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن حكم بموته رد المال الى من يستحقه من ورثة الموصى وقت وفاته (١) .

ويعبّر الفقه عن القاعدة السابقة بالقول بأن المفقود يُعتبر

---

(١) م ٢، ٤٥ من قانون المواريث ١٩٤٣/٧٧.

ميتاً من تاريخ القرار أو الحكم بالنسبة لما يضره أى فى حق نفسه أو ماله مثل توزيع تركته وزواج زوجته ، ويُعتبر ميتاً من تاريخ الفقد فى حق أو مال الآخرين أى بالنسبة لما يضر غيره ، مثل استحقاقه هو لميراث أو وصية أثناء فترة الفقد . وتلك القاعدة مأخوذة عن مذهب الحنفية والمالكية بخلاف الشافعية والحنابلة الذين يرون اعتبار المفقود ميتاً من تاريخ الحكم بموته فى جميع الأحوال . ويترتب على الأخذ بهذا الرأى الأخير نتيجة مخالفة لما أخذ به القانون ، ومؤدى هذه النتيجة أن النصيب الموقوف للمفقود من ارث ووصية يدخل فى تركته بعد الحكم بموته ولا يُرد الى ورثة المورث أو الموصى، بل يوزع على ورثة المفقود الموجودين وقت الحكم .

(د) ظهور المفقود حيًا :

إذا ظهر المفقود بعد الحكم بموته ، فإن هذا الحكم يسقط وتزول كل آثاره بشرط عدم الإضرار بحقوق الغير حسن النية ، ويترتب على ذلك :

١- **بالنسبة للزوجة :** إذا لم تكن قد تزوجت بشخص آخر ، فإنها تكون لزوجها العائد دون حاجة الى عقد جديد .

وإذا تزوجت بغير المفقود ، فإن هذا الزواج يُفسخ وتعود الى زوجها الذى ظهرت حياته وذلك فى حالات ثلاث : إذا كان الزوج الثانى لم يدخل بها ، إذا كان الزواج الثانى قد تم خلال فترة العدة ، إذا كان الزوج الثانى سىء النية أى تزوجها وهو عالم بحياة الزوج الأول المفقود .

وتظل الزوجة مع زوجها الثانى إذا كان حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ، وكان قد دخل بها بعد عدة الوفاة الحكمية لزوجها الأول .

٢- **بالنسبة لأمواله** : ويُقصد بها الأموال الخاصة به التي تم توزيعها على ورثته بعد الحكم بموته ، وكذلك الأموال التي كانت قد حُجزت له من تركة أو وصية ثم رُدت الى ورثة المورث أو الموصي . يستحق المفقود العائد كل هذه الأموال وتُرد اليه إذا كانت لا تزال موجودة في أيدي الورثة . أما إذا كان الورثة قد استهلكوا هذه الأموال أو تصرفوا فيها ، فلا يستطيع المفقود أن يستردها ، ولا تكون مضمونة على الورثة، أي لا يسألون في مواجهته بالتعويض عنها ، لأنهم تملكوها بسبب شرعي وتصرفوا فيها بسند صحيح . وليس للمفقود الرجوع على الورثة ولا على المشترى منهم بما هلك من الأموال أو تم التصرف فيه .

المبحث الثاني

الاسم Le nom

(أ) المقصود بالاسم :

كل انسان له اسم يُعرف به ويميّزه عن غيره من سائر الأشخاص في الجماعة . يتكوّن المجتمع من العديد من الأشخاص ، والاسم هو الوسيلة أو العلامة التي بها تتحدد ذاتية كل شخص ، ومنع اللبس بينه وبين الأشخاص الآخرين .

وللفظ الاسم معنيان : معنى ضيق يقتصر على الاسم الشخصي ويُطلق عليه بالفرنسية Prénom ، ومعنى واسع يتضمن الاسم الشخصي واللقب أي اسم الأسرة nom patronymique ou nom de famille التي ينتمي اليها الشخص ، وهو اللقب الذي يشترك جميع أفراد الأسرة في حمله ، فالاسم بالمعنى الواسع يُعد علامة لتمييز الشخص وأسرته .

يوجب القانون أن يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق أولاده (١) . ويجرى العمل فى البلاد الغربية على استعمال الاسم واللقب بل ان اللقب هو الذى يعرف به الشخص عادة أكثر مما يعرف باسمه الشخصى ، أما فى بلادنا فلا يعول أساساً على اللقب بل يميز الشخص باضافة اسم أبيه واسم جده الى اسمه الشخص مع اضافة اسم العائلة أو اللقب فى النهاية إن وجد .

والنسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم ، حيث يحمل الشخص اسم والده ولقب الأسرة التى ينتمى اليها . ولكن هناك عدة طرق أخرى غير النسب لاكتساب الاسم :

١- التبنى ، حيث تسمح به بعض الدول ، فيحمل الولد المتبنَّى لقب الشخص الذى تبناه .

---

(١) م ٣٨ مدنى .

وطبقاً للقانون ١٤٣/١٩٩٤ فإنه لا يجوز اشتراك أخوين أو أختين من الأب فى اسم واحد ، كما لا يجوز أن يكون الاسم مركباً أو مخالفاً للنظام العام أو لأحكام الشرائع السماوية (م٢١) . لا يجوز إثبات اسم الوالد أو الوالدة أو كليهما بالتبليغ وذلك فى الحالات الآتية : ١- إذا كان الوالدان من المحارم فلا يذكر إسماهما ، ٢- إذا كانت الوالدة متزوجة وكان المولود من غير زوجها فلا يذكر اسمها ، ٣- بالنسبة إلى غير المسلمين إذا كان الوالد متزوجاً وكان المولود من غير زوجته الشرعية فلا يذكر اسمه ، إذا كانت الولادة قبل الزواج أو بعد فسخه (م٢٧) . وإذا رغب صاحب الشأن فى تغيير اسمه فإنه يتقدم بطلب التغيير إلى قسم السجل المدنى على النموذج المعد لذلك الذى يرسل الطلب إلى إدارة شرطة الأحوال المدنية التى تتولى عرضه على لجنة فى دائرة كل محافظ مشكلة من المحامى العام للنيابة الكلية ومدير إدارة الأحوال المدنية، ومدير مديرية الشئون الصحية بالمحافظة أو من ينوب عنهم . وتتبع هذه الاجراءات عموماً بصدد تصحيح قيود الأحوال المدنية المدونة فى سجلات المواليد والوفيات ، وقيد الأسرة وطلبات قيد ساقطى قيد الميلاد والوفاة التى لم يُبلغ عنها خلال المدة المحددة بالقانون (م٤٦) .

٢- التغيير ، حيث يجيز القانون للشخص تغيير اسمه وحمل اسم جديد بشروط واجراءات محددة .

٣- اللقيط ، حيث تتولى جهة الادارة المختصة تسميته.

٤- الزواج ، حيث تجيز بعض الدول الغربية للزوجة حمل لقب زوجها بالزواج دون أن تفقد لقبها الأصلى ، أى لقب أسرتها بالنسب .

(ب) الطبيعة القانونية للاسم :

الاسم له طبيعة مزدوجة ، فهو ينطوى على واجب وحق فى وقت واحد :

١- الاسم واجب : يجب على كل فرد أن يكون له اسم يميّزه عن غيره ، وقد فرض القانون على ذوى الشأن التبليغ عن المواليد واعطائهم أسماء . تقتضى مصلحة الجماعة واعتبارات الأمن المدنى أن يكون لكل مواطن اسماً للتمييز بين الأفراد ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضماناً لاستقرار المعاملات فى المجتمع . ويكون الاسم بذلك وسيلة إلزامية للتمييز بين الأشخاص .

ونظراً لارتباط الاسم بمصلحة الجماعة ، فإن القانون لا يترك للأفراد حرية تغيير أسمائهم أو تصحيحها حسب ارادتهم ، وإنما يرسم لذلك نظاماً واجراءات معيّنة ينبغى اتباعها حتى يمكن حصول هذا التغيير ، ضماناً لجدية الأمر ، ولأن تغيير الاسم الذى عُرف به الشخص فى الجماعة قد يضّر بمصالح الآخرين أو المساس بكثير من المراكز القانونية المستقرة .

فالاسم واجب حيث يُعتبر الشكل الخارجى أو الطريق الرسمى الذى تفرضه الجماعة لتعيين الأفراد وتمييزهم ، لذا

يعتبره البعض بمثابة نظام للأمن المدنى institution de police civil .

٢- **الاسم حق من حقوق الشخصية :** فهو علامة مميِّزة للشخصية ومظهر كيانها الذاتى المستقل ، لذا كان الاسم ملازماً للشخصية ولصيقاً بها . وهو حق لصاحبه يمثل مصلحة خاصة به ، ويجوز لصاحبه استعماله فى التصرفات القانونية والأغراض المهنية وفى الحياة الاجتماعية والسياسية . ويترتب على ذلك :

– الحق فى الاسم هو حق غير مالى لا يجوز التصرف فيه أو النزول عنه أثناء الحياة أو بعد الممات بالوصية . ولكن يجوز للشخص السماح باستعمال اسمه فى غرض آخر فنى أو تجارى مثلاً .

– لا يخضع الاسم لنظام التقادم ولا يجوز الحجز عليه .

– لصاحب الاسم الحق فى أن يدفع اعتداء الغير عليه . ويتمثل الاعتداء إما فى صورة المنازعة فى استعمال الاسم بلا مبرر ، أو انتحال الاسم دون وجه حق ، أو استعماله فى الحياة التجارية أو الفنية . والمنازعة فى الاسم تتمثل فى اعتراض الغير على استعمال الشخص لاسم معيّن أو التسمى به أو الادعاء أو الاشاعة بين الناس بأن الشخص يحمل اسماً غير حقيقى دون حق .

ولصاحب الاسم حق طلب وقف الاعتداء ولو لم يكن قد لحقه ضرر من جرائه . كما أن له أن يطالب بالتعويض عما قد يصيبه من ضرر مادى أو أدبى من هذا الاعتداء وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية (١). فالضرر لا بد منه لاستحقاق

---

(١) م ٥٠ ، ٥١ مدنى .

التعويض . ولا تثبت الحماية إلا للاسم المتميّز عن غيره ، كالذى يتكوّن من اسم الشخص واسم والده وجده أو لقبه . فلا تثبت الحماية للاسم الشخصى لشيوع تسمية الأشخاص به . ولا يُعتبر انتحالاً حالة تشابه الأسماء وتطابقها .

(جـ) اسم الشهرة والاسم المستعار :

اسم الشهرة surnom هو الاسم الذى يشتهر به الشخص بين الناس فهو إسم يطلقه الجمهور على الشخص غير اسمه الحقيقى . ولا يجوز احلال اسم الشهرة محل الاسم الحقيقى أو اضافته اليه فى الأوراق الرسمية إلا باتباع اجراءات تغيير الاسم التى ينص عليها القانون ، أى بصدور حكم أو قرار من جهة مختصة .

أما الاسم المستعار pseudonyme فهو اسم يطلقه الشخص على نفسه غير اسمه الحقيقى ، بقصد تحقيق غرض معيّن فى بعض نواحى نشاطه ، كالنشاط الأدبى أو الفنى أو السياسى(١) . فالاسم المستعار يختاره الشخص لنفسه بنفسه بخلاف اسم الشهرة الذى يطلقه الجمهور على الشخص . ومن جهة أخرى فإن اسم الشهرة يستوعب كامل شخصية الانسان وحياته ويميّز الشخص فى جميع أوجه نشاطه ، بينما يقتصر الاسم المستعار على تعيين الشخص

---

(١) ويطلق الاسم المستعار ايضاً على الشخص المسخر فى حالة الصورية بطريق التسخير ، حيث يتم إخفاء اسم أحد المتعاقدين تحت اسم شخص آخر مستعار وذلك لوجود مانع قانونى يحول دون إتمام التصرف له . مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين ان يشتروا لا باسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها ، وإلا كان البيع باطلاً .

فى نشاط معيَّن أو جانب محدد من جوانب شخصيته . مثال ذلك الفنان الذى يختار اسماً فنياً ملفتاً للنظر لتحقيق شهرة معيّنة من ورائه . والمؤلف الذى ينشر عمله الفنى باسم مستعار بسبب مركزه الاجتماعى أو بهدف تجربة انتاجه قبل اظهار شخصيته .

ويعتبر كل من اسم الشهرة والاسم المستعار وسيلة تميّز الشخص عن غيره ، إلا أنها ذات طابع فردى أى تقتصر على صاحب الاسم حيث لا ينتقل الاسم الى الأولاد والفروع بالنسب . إلا أننا أمام حق من حقوق الشخصية ، ومن ثم فهو يتمتع بالحماية القانونية ، حيث يكون لصاحب الاسم الحق فى دفع الاعتداء الواقع على اسمه وأن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . فللمؤلف حق اظهار اسمه الحقيقى حين يشاء وأن يثبت أمام القضاء صفته باعتباره مؤلفاً فى مواجهة كل من ينتحل عمله الفني . وللممثل أن يطلب من القضاء الحكم على صاحب المسرح أو المنتج السينمائى بعدم اظهار اسمه الحقيقى فيما ينشر من اعلانات . وللشخص أيضاً منع المنازعة بلا مبرر فى استعماله لاسمه المستعار .

ويشترط لتمتع الاسم المستعار بالحماية القانونية عدة شروط :

١- يجب أن يحقق الاسم المستعار لمن يتسمى به مصلحة انسانية مرتبطة بشخصيته . وتتمثل تلك المصلحة فى تعيين الشخص فى بعض نواحى نشاطه . وينبغى أن يكون لهذا النشاط نتيجة خارجية يمكن تقويمها كوجود عمل فنى منشور باسم مستعار أو احساس الناس بأن وراء الاسم المستعار تكمن شخصة معيّنة .

٢- يجب ألا يترتب على اختيار واستعمال الاسم المستعار

المساس باسم الغير . ينبغى ألا يكون من شأن ذلك الخلط بين الشخص وغيره ممن يحملون ذات الاسم . فلا يجوز استعمال شخص لاسم غيره كاسم مستعار إذا كان من شأن هذا الاستعمال إحداث لبس ضار بصاحب الاسم أو ينجم عنه خلط بين الشخصين ، كما لو كان صاحب الاسم الأصلى يمارس نفس الوجه من النشاط تحته .

٣- ينبغى ألا تكون البواعث التى حملت الشخص على اتخاذ اسم مستعار مخالفة للقانون أو النظام العام والآداب .

٤- يقتصر استعمال الأسماء المستعارة على النشاط التجارى أو المهنى أو الأدبى أو الفنى ، ولا يجوز استعمالها بدلاً من الأسماء الحقيقية فى الأعمال الرسمية .

٥- تضع بعض القوانين قيوداً معيّنة على استعمال الاسم المستعار . ففى فرنسا ، مثلاً ، يحظر على الأجانب استعمال أسماء مستعارة إلا بعد الحصول على تصريح من الجهة الادارية المختصة . ولا يجوز مباشرة المهن الطبية وما يجرى مجراها تحت أسماء مستعارة .

(د) الاسم التجارى :

يستخدم التاجر ، فى الغالب ، اسماً يمارس تحته نشاطه التجارى . وقد يستعمل التاجر اسمه المدنى فى تجارته . ويدخل الاسم المدنى كعنصر أساسى فى تكوين الاسم التجارى إذا كانت التجارة ذات طابع فردى أو أسرى . فالاسم التجارى nom commercial هو الاسم الذى يتميّز به المحل التجارى ، ومن ثم فهو عنصر من عناصره ، وتثبت له بالتالى الطبيعة المالية ، وهو يختلف بذلك عن الاسم المدنى الذى يعتبر لصيقاً بالشخصية لأنه يميّزها فى ذاتها .

ولذلك يجوز التصرف فى الاسم التجارى باعتباره

عنصراً من عناصر المحل التجارى . والاسم المدنى حين يستعمل كاسم تجارى تتغيّر طبيعته وينفصل عن شخص صاحبه ، ويدخل ضمن عناصر المحل التجارى ، ويصبح شيئاً غير مادى ، وتثبت له الصفة المالية ، ويجوز التصرف فيه والنزول عنه ، ويخضع للتقادم . ولكن التصرف فى الاسم التجارى يخضع لعدة قيود :

١- لا يجوز التصرف فى الاسم التجارى استقلالاً عن المحل التجارى وذلك حماية للجمهور من اللبس والتضليل . بل يكون التصرف فيه ضمن المحل ذاته .

٢- إذا كان الاسم التجارى هو الاسم المدنى لصاحب المحل ، فإنه يحتفظ بحقه فى استعمال هذا الاسم كوسيلة لتمييزه عن غيره من الأشخاص(١) . ويقتصر حق المتصرف

---

(١) الأصل أن لكل تاجر أن يتخذ من اسمه الشخصى ، ويدخل فى ذلك اللقب ، اسماً تجارياً لتمييز محله التجارى عن نظائره ، ومن ثم فلا يتأدى تجريد شخص من اسمه التجارى المستمد من اسمه المدنى لمجرد التشابه بينه وبين أسماء الآخرين على أن القضاء لا يعدم من الوسائل ما يدرأ به ما عساه يقع من خلط أو لبس أو منافسة غير مشروعة نتيجة لتشابه الأسماء .

إذا كان من بين الحكم المطعون فيه أنه مقام من حيث الواقع على أن الطاعن لم يستعمل لفظ « الشبراويشى» كعلامة تجارية وإنما استعمله إسماً تجارياً له كما استعمله المطعون عليهما الأول والثانى اسماً تجارياً لهما بدعوى أنه لقب اشتهر به كما اشتهر به والدهما من قبل ، وكان ما يقتضيه الفصل فى النزاع القائم بين الطرفين تحرى الواقع فى شأن هذا اللفظ ، فإن محكمة الموضوع قد خلصت من بحث الدلائل والمستندات المقدمة لها فى هذا الصدد وموازنة بعضها بالبعض الآخر أنه لقب اشتهر به والد الطرفين وكان ملتصقاً به من وقت طويل بل سابق على اتخاذ الطاعن لحرفة صناعة وتجارة العطور وان المطعون عليهما الأول والثانى وأخاهما الطاعن كانوا جميعاً يحملون هذا اللقب وقد تلقوه عن والدهم واشتهروا به طوال حياتهم ولم يكن حمل المطعون عليه الأول له مبتدئاً من تاريخ إضافته الى اسمه فى شهادة ميلاده ، وكان يبين من مراجعة ما أوردته محكمة الموضوع فى حكمها تفصيلاً لمصادر هذا التحصيل أن ما أثبتته مسنداً اليها لا يناقض شيئاً مما ورد بها . وكان ما استخلصته =

اليه على استعمال الاسم كعلامة مميزة للمحل التجارى تجتذب ثقة جمهور العملاء ، ويمتنع عليه استعمال الاسم على نحو يشين سمعة صاحبه أو يثير الخلط واللبس بينهما . ولا يجوز للمتصرف اليه التوقيع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل .

ويجب على المتصرف اليه أن يضيف الى الاسم التجارى ما يمنع الخلط أو اللبس بينه وبين المتصرف ، كأن يضيف كلمة خلف أو خلفاء أو محل سابق .

ويتمتع الاسم التجارى بالحماية القانونية ، فيجوز لصاحبه المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قِبَل الغير مع التعويض عما قد يترتب على ذلك من ضرر . وللقاضى أن يأمر ، فى حالة تشابه الأسماء ، باضافة ما يفيد التمييز بينهما منعاً للخلط وتوقياً للمنافسة غير المشروعة . وتتأكد هذه الحماية بقيد الاسم فى السجل التجارى وشهره وفقاً للقانون . فلا يجوز لتاجر آخر استعمال هذا الاسم فى نوع التجارة التى يزاولها صاحبه فى دائرة مكتب السجل الذى حصل فيه القيد ، وإذا كان التاجر الآخر ولقبه يشبهان الاسم التجارى المقيّد فى السجل وجب أن يضيف الى اسمه بياناً يميّزه عن الاسم السابق قيده (١).

= منها سائغاً ، فإنه بهذا وذاك تنحصر رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع فى تحصيلها للواقع المتقدم بيانه ، ويكون على غير أساس ما رمى به حكمها فى هذا الخصوص من القصور وفساد الاستدلال وبطلان الاسناد . (نقض ١٩٥٩/١٢/١٠ س١٠ ص٧٦٣).

(١) م ٣ من قانون الأسماء التجارية رقم ١٩٥١/٥٥.

المبحث الثالث

الحـالة L'etat

المقصود بالحالة :

يُقصد بالحالة مجموع الصفات التى تتوفر للشخص فيرتب القانون عليها آثاراً معينة تتمثل فى تقرير ما له من حقوق وما عليه من واجبات . فعلى ضوء صفات معيّنة فى الشخص يتحدد مركزه القانونى فى المجتمع الذى يعيش فيه. وتتعلق تلك الصفات بالانتساب الى دولة أو أسرة أو ديانة معيّنة . وينبغى تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء الى هذه العناصر كخطوة أولية تتقرر على ضوئها حقوقه والتزاماته .

فالحالة مركز قانونى ملازم لشخصية الانسان طوال حياته رغم امكانية تغيّر العناصر المختلفة لهذا المركز (١) . فقد تتغيّر جنسية الشخص أو ديانته أو تكوين أسرته ، إلا أنه يتسم ، بصفة دائمة ، بعدد معيّن من تلك الصفات التى يتأثر بها مركزه فى الجماعة ، وتتحدد حالة الشخص فى مجتمعنا، من وجوه ثلاثة : الحالة السياسية ، الحالة العائلية، الحالة الدينية .

---

(١) طبقاً للقانون ١٤٣/١٩٩٤ تنشئ مصلحة الأحوال المدنية قاعدة قومية لبيانات المواطنين تشتمل على سجل خاص لكل مواطن يميزه رقم قومى منذ ميلاده وطوال حياته ولا يتكرر حتى بعد وفاته وتلتزم جميع الجهات بالتعامل مع المواطن من خلال هذا الرقم (م٢) . تختص مصلحة الأحوال المدنية وفروعها بتسجيل وقائع الميلاد والوفاة والزواج والطلاق ، واصدار شهادات الميلاد والوفاة وبطاقات تحقيق الشخصية وقيد الأسرة وصور منها (م٦) . يجب على السلطات المختصة بتوثيق الزواج والطلاق ارسال هذه الوقائع إلى قسم السجل المدنى (م٣٢) . تقوم مصلحة الأحوال المدنية بتسجيل بيانات الأسرة ومتابعة كافة ما يطرأ عليها من تغيرات ، كما تقوم باصدار صور قيود الأسرة لذوى =

المطلب الأول

الحالة السياسية (الجنسية)

(أ) المقصود بالحالة السياسية وأهميتها:

يُقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معيّنة ، فالشخص ينتمى الى الدولة ويرتبط بها ، كأحد مواطنيها ، برابطة الولاء والتبعية . تلك الرابطة أو العلاقة بين الشخص والدولة تسمى بالجنسية la nationalité . فالجنسية رابطة تبعية سياسية بين الشخص والدولة أو هى وصف فى الشخص يفيد انتسابه لدولة معيّنة .

والجنسية هى معيار التمييز بين الوطنيين والأجانب فى الدولة . فالوطنى هو الذى يتمتع بجنسية الدولة ، والأجنبى هو الذى لا يتمتع بها . وينطوى تحديد جنسية الشخص على أهمية كبرى فيما يتعلق بمركز الأجانب بالنسبة الى الوطنيين من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى . فالملاحظ أن تشريعات الدول لا تسوى بين الوطنيين والأجانب فى هذا المجال .

فالأصل أن الأجانب يُحرمون من التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون ، وذلك كالحقوق السياسية . فليس للأجنبى ، مثلاً ، حق الترشيح أو الانتخاب للهيئات النيابية ،

= الشأن (م٣٤) . يجب على كل من يبلغ ستة عشر عاماً أن يتقدم بطلب للحصول على بطاقة تحقيق شخصية من قسم السجل المدنى الذى يقيم بدائرته وذلك خلال ستة أشهر من تاريخ بلوغه السن (م٤٨) . تكون هذه البطاقة حجة على صحة البيانات الواردة بها متى كانت صالحة للاستعمال وسارية المفعول ، ولا يجوز للجهات الحكومية وغير الحكومية الامتناع عن اعتمادها فى إثبات شخصية صاحبها (م٥٠) .

وحق تولى الوظائف العامة ، حيث لا يساهم فى إدارة شئون الدولة إلا من ينتمى اليها بجنسيته . ولكن الدولة تلجأ ، فى بعض الحالات الاستثنائية ، الى الاستعانة بموظفين أجانب لتكملة الخبرة الوطنية . ويضيق نطاق تمتع الأجانب بالحقوق المدنية عما يكون مسموحاً به للوطنيين فى شأنها . ففى كثير من الدول لا يجوز للأجانب تملك العقارات لا سيما الأراضى الزراعية (١) ، كما يحظر عليهم ممارسة مهن حرة معيّنة كالطب والمحاماة . ويعفى الأجانب من واجب أداء الخدمة العسكرية الذى يقتصر على الوطنيين .

ولكن هناك حداً أدنى من الحقوق يجب على جميع الدول أن تكفله للأجانب . تقضى قواعد القانون الدولى العام بأن توفر الدولة للأجنبى الحريات العامة والحقوق الضرورية فى الحياة أو الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان التى تحميه فى كيانه وحريته وتمكنه من مزاولة نشاطه الضرورى المعتاد. والواقع أنه فيما يجاوز هذا الحد الأدنى تختلف الدول فى نطاق الحقوق الممنوحة للأجانب طبقاً للظروف الخاصة بكل دولة على حدة.

وتلعب الجنسية ، كذلك ، دوراً هاماً فى تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق بالنسبة للعلاقات القانونية الخاصة التى يكون فيها عنصر أجنبى . يبيّن القانون الدولى الخاص الاختصاص القضائى والتشريعى فى هذه الحالة ، وتعد الجنسية عنصراً حاسماً فى هذا المضمار .

---

(١) مفاد المادة الثانية من القانون ١٥ لسنة ١٩٦٣ أنه يحظر على الأجانب – سواء اكانوا اشخاصاً طبيعيين ، أم اعتباريين – ان يتملكوا الأراضى الزراعية وما فى حكمها فى جمهورية مصر العربية بأى سبب من أسباب كسب الملكية . وتتصل هذه القاعدة بالنظام العام فيسرى حكمها بأثر مباشر ، كما يسرى هذا الحظر بالنسبة للمستقبل . (نقض ١٩٧٢/٣/٢٨ س٢٣ ص ٥٣٣).

(ب) الجنسية الأصيلة والجنسية الطارئة :

الجنسية إما أن تكون أصيلة أو أصلية ، وإما أن تكون طارئة أو مكتسبة :

١- فالجنسية الأصيلة nationalité d'origine هى التى تثبت للشخص عند ميلاده ، ويطلق عليها جنسية الأصل أو الجنسية المفروضة أو جنسية الميلاد ، فهى جنسية مفروضة على الشخص وتترتب على الميلاد . وتثبت الجنسية الأصلية إما على أساس النسب وإما على أساس محل الميلاد :

- فقد تثبت الجنسية للانسان عند مولده على أساس رابطة النسب أو حق الدم jus sanguinis ، أى على أساس الولادة من أصل وطنى ، لذا يسميها البعض جنسية البنوة ، حيث يأخذ الولد جنسية أبيه أو أمه . ويقصد بحق الدم حق الشخص فى اكتساب جنسية آبائه بمجرد ميلاده . ويعتد عادة بالصلة من ناحية الأب . وتكتفى بعض القوانين بنسب المولود من ناحية الأم .

- وقد تثبت الجنسية للانسان عند مولده على أساس محل الميلاد ، وهو ما يُقال له حق الاقليم jus solis ، بمعنى ربط جنسية الشخص بالاقليم الذى يولد فيه ، أى اعطاء جنسية الدولة لمن يولد على اقليمها .

ولا شك أن رابطة الدم أقوى من رابطة الاقليم . وتتفاوت الدول فى الأخذ بين حق الدم وحق الاقليم ، والغالب أن يجمع القانون بينهما بنسب مختلفة طبقاً للاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والتاريخية ، خاصة بحسب كثافة السكان فى الدولة .

ويأخذ المشرع ، كقاعدة عامة ، برابطة أو حق الدم كأساس لفرض الجنسية ، بحيث يتمتع بالجنسبة المصرية كل من

يولد من أب مصرى أياً كان محل ميلاده . ويأخذ المشرع ، فى حالات خاصة ، بحق الاقليم . مثال ذلك منح جنسية الدولة لمن يولد فى أرضها من أبوين مجهولين . ويقرر المشرع، أحياناً ، منح الجنسية على أساس حق الاقليم المعزز بحق الدم من ناحية الأم ، فيمنح الجنسية المصرية لمن يولد فى مصر من أم تحمل الجنسية المصرية وأب مجهول الجنسية أو لا جنسية له ، وكذلك من ولد فى مصر من أم مصرية ، ولم تثبت نسبته الى أبيه قانوناً .

٢- أما الجنسية الطارئة أو المكتسبة nationalité acquise فهى التى يكتسبها الشخص فى تاريخ لاحق على ميلاده أى بسبب طارئ بعد الميلاد ، وهى تكتسب عادة عن طريق الزواج أو بالتجنس . فالزواج يؤدى فى كثير من الدول الى اكتساب الجنسية بشروط معيّنة . أما التجنس فيعنى منح الأجنبى جنسية الدولة بناء على طلبه إذا توافرت شروط معيّنة أهمها الاقامة مدة محددة .

والقاعدة العامة هى المساواة بين من تثبت لهم الجنسية أصلاً ، ومن تثبت لهم بسبب طارئ بعد الميلاد . ولكن بعض القوانين لا تسوى بين الطائفتين . حيث لا يتمتع من إكتسب الجنسية الطارئة فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فلا يجوز له مباشرة الحقوق السياسية قبل مرور فترة معيّنة من تجنسه . ويجوز للدولة سحب الجنسية المكتسبة خلال مدة معيّنة إذا كان الأجنبى قد اكتسبها بناء على أقوال كاذبة أوعن طريق الغش ، أو حكم عليه فى جريمة مخلة بالشرف أو بأمن الدولة(١) .

---

(١) أنظر فى كل ذلك قانون الجنسية رقم ٢٦/ ١٩٧٥ .

المطلب الثانى
الحالة العائلية

يُقصد بالحالة العائلية état de famille مركز الشخص فى أسرة معيّنة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقي أعضائها قرابة النسب ووحدة الأصل أو قرابة المصاهرة . ويطلق عليها أيضاً الحالة المدنية état civil . فلكل شخص أسرة هو عضو فيها . وتتكوّن أسرة الشخص من ذوى قرباه ، فهى مجموع الأشخاص الذين تربطهم به رابطة القرابة ، والقرابة إما أن تكون قرابة نسب أو قرابة مصاهرة.

(أ) قرابة النسب :

هي القرابة القائمة على أساس الاشتراك فى أصل واحد ، حيث يعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك ، ذكراً كان أو أنثى(١) . يرتبط أقارب النسب فيما بينهم برابطة الدم حيث ينحدروا جميعاً من أصل واحد . وهذه القرابة على نوعين : القرابة المباشرة ، قرابة الحواشى .

١- **القرابة المباشرة** parenté en ligne directe هى الصلة بين الأصول والفروع ، وتقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الأصل ، أى من نزل بعضهم عن بعض مباشرة . وذلك كالصلة بين الجد والأب والابن .

والأصل هو من نزل عنه الشخص سواء من ناحية أبيه أو أمه ، فهو الأب والأم ، وأبو الأب ، وأبو الأم ، وأم الأب ، وأم الأم ، وأبو وأم هؤلاء ، وهكذا . أما الفرع فهو كل من نزل عن غيره، كالبنت والابن وفروعهما وهكذا . ويستوى فى ذلك أن يكون

---

(١) م ١/٣٤ ، ٣٥ ، ٣٦ مدنى .

التفرع عن طريق الذكور أو عن طريق الاناث . إذ تقوم القرابة بين الجد وفروعه وبين الجدة وفروعها .

ويُراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل . وعلى ذلك يُعتبر الابن فى الدرجة الأولى من القرابة لأبيه أو أمه ، لأن الابن فرع وهذه درجة ويُعتبر الأب أو الأم أصلاً فلا يُحسب درجة . وإذا أردنا حساب القرابة بين الجد وابن ابنه وجدناها درجتين . حيث يحسب ابن الابن بدرجة ثم الابن بدرجة ، فيكون المجموع درجتين ، أما الجد وهو الأصل فلا يدخل فى الحساب . وتطبيقاً لنفس المبدأ تكون القرابة بين الشخص وابن ابن ابنه من الدرجة الثالثة .

٢- **قرابة الحواشى parenté en ligne collatérale** ، وهى الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر . فلا يوجد تسلسل عمودى بين أحد القريبين والآخر وإن كانا يشتركان فى أصل واحد . مثال ذلك قرابة الأخوة والأخوات حيث لا ينحدر أحدهم من الآخر ، ولكن يجمعهم أصل مشترك هو الأب أو الأم . ويُعتبر من الحواشى أيضاً الأعمام والعمات . والأصل المشترك هنا هو الجد أو الجدة لأب . وكذلك الحال بالنسبة للخال والخالة ، حيث يتمثل الأصل المشترك فى الجد أو الجدة لأم . ومن الحواشى كذلك فروع هؤلاء أى أولاد العمومة وأولاد الخؤولة .

وعند حساب درجة قرابة الحواشى تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه الى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة . وتطبيقاً لذلك يكون الأخوة أقارب من الدرجة الثانية حيث يُحسب الأخ درجة باعتباره فرعاً ، والأخ الآخر يُحسب بدوره درجة ، ولا يحسب

الأب درجة لأنه الأصل المشترك بين الأخوين . وتكون القرابة ثلاث درجات بين الولد وكل من عمه وخاله وخالته . وتكون القرابة أربع درجات بين أولاد العمومة وبين أولاد الخؤولة .

(ب) قرابة المصاهرة Alliance :

وهى القرابة التى تنشأ عن قيام رابطة الزوجية بين شخصين ، فتقوم بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وتقتصر قرابة المصاهرة على أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر دون أن تمتد لتربط بين هؤلاء الأقارب وأقارب الزوج الآخر .

ويُعتبر أقارب أحد الزوجين فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر ، أى أن درجة القرابة فى المصاهرة تُحسب بنفس طريقة قرابة النسب تماماً . فوالد الزوج يعد قريباً بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة لأنه قريب بالنسب لابنه (زوجها) من الدرجة الأولى ، وشقيق الزوجة يعد قريباً بالمصاهرة من الدرجة الثانية للزوج . وعم وعمة وخال وخالة الزوج أقارب للزوجة من الدرجة الثالثة بالمصاهرة . وابن عم الزوجة يكون قريباً للزوج من الدرجة الرابعة وهكذا .

(جـ) أهمية القرابة :

تترتب على القرابة آثار قانونية متعددة تتحدد طبقاً لنوع القرابة ودرجتها .

١- تلعب القرابة دوراً هاماً فى تحديد المركز القانونى للشخص ، حيث تتحدد الكثير من حقوقه والتزاماته وفقاً لحالته العائلية ، أى تبعاً لمركز الشخص فى الأسرة ، وتلك هى حقوق الأسرة . وتتمثل فى حقوق الآباء على الأبناء وحقوق الأبناء على الآباء والحقوق المتبادلة بين الزوج وزوجته.

٢- ويترتب على القرابة بعض الحقوق المالية كالحق فى النفقة والحق فى الارث .

٣- وتعتبر القرابة ، أحياناً ، مانعاً من موانع الزواج ، حيث يحرم على الشخص التزوج من أقاربه الى درجات معيّنة .

٤- وتبدو أهمية القرابة بصدد الكثير من الأوضاع القانونية حيث يرتب القانون عليها أحياناً ، الحد من حقوق بعض الأشخاص ونشاطهم القانونى . مثال ذلك :

- عدم جوازالشفعة فى حالة البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .

- لا يجوز للواهب الرجوع فى الهبة إذا كانت لذى رحم محرم .

- لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج أو الأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب(١) .

- يمتنع على القاضى نظر الدعوى التى يكون أحد الخصوم فيها قريباً أو صهراً له الى الدرجة الرابعة . ونفس الحكم بالنسبة للخبير(٢) .

المطلب الثالث

الحالة الدينية

من المسلم به فى الشرائع المعاصرة أن الدين لا يُعد عنصراً من عناصر الحالة حيث تتحد حالة الشخص

---

(١) أنظر بالترتيب المواد ٩٣٩ ، ٥٢٠ ، ٢٢٢ مدنى .

(٢) م ١٤٦ مرافعات ، م ١٤١ من قانون الاثبات .

بمركزه فى الدولة من جهة ومركزه داخل الأسرة من جهة أخرى . إذ يعتد فى تحديد نطاق حقوق الشخص والتزاماته بحالته السياسية وحالته العائلية وذلك بصرف النظر عن اعتقاده الدينى . فالدين لا أثر له . كقاعدة عامة ، على المركز القانونى للفرد .

وهذا هو الأصل العام المقرر فى القانون المصرى ، ولكن المشرع أورد على هذا الأصل استثناء وذلك فى بعض مسائل الأحوال الشخصية حيث تكون الحالة الدينية موضع اعتبار عند تحديد المركز القانونى للشخص ، وتتفاوت حقوق وواجبات المواطن بصدد هذه المسائل بحسب الديانة التى ينتمى اليها .

فالشريعة الاسلامية تبيح تعدد الزوجات والطلاق ، وتحرم زواج المسلمة بغير المسلم وتحظر نظام التبنى ، وتمنع التوارث بين المسلم وغير المسلم(١) .

---

(١) المستقر عليه فى قضاء محكمة النقض ان الشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث وتسري على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين وذلك على ما تقضى به المادة ٨٧٥ من القانون المدنى ، داخلاً فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الارث وانتقال التركة اليهم . وإذ جرى نص المادة السادسة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بأنه لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ، وكان الارث يستحق وفقاً للمادة الأولى من القانون بموت المورث ، فإن مناط المنع من الارث هو اختلاف الدين وقت وفاة المورث أو اعتباره ميتاً بحكم القاضى . (نقض ١/٤/١٩٦٤ س١٥ ص ٤٨٦ ، ٥/٢/١٩٨٤ س٣٥ ص٣٨٠)

ومن ثم فإن الابن المسلم لا يعتبر وارثاً شرعاً لوالدته المتوفاة مسيحية وبالتالى تكون الوصية الصادرة منها له وصية لغير وارث . (نقض ٢٦/٦/١٩٦٣ س١٤ ص ٩٠٨).

من المقرر شرعاً أن زواج المسلمة بغير المسلم كتابياً كان أم غير كتابى حرام باتفاق ولا ينعقد أصلاً . كما أن المرأة المسلمة إذا ارتدت ثم تزوجت لا ينعقد =

المبحث الرابع

الموطن Le domicile

نعرض لماهية الموطن ، ثم نبيّن أنواعه .

المطلب الأول

ماهية الموطن

(أ) التعريف بالموطن وأهميته :

يُعد الموطن أحد السمات الجوهرية للشخصية . فالشخص يتميّز بمكان معيّن من الاقليم الذى يعيش فيه ، وهو المكان الذى يقيم فيه الشخص على سبيل الاستقرار . وهذا هو المقصود بالموطن فى اللغة ، أما فى القانون فيقصد بالموطن المقر القانونى للشخص أى المكان الذى يعتد به القانون لمخاطبة الشخص فيه فيما يتعلق بكافة علاقاته القانونية ، وذلك إما لاقامته فيه أو لوجود مركز أعمال فيه . فالموطن هوالمكان الذى يباشر فيه الشخص أعماله القانونية ويمكن مخاطبته فيه بشأن هذه الأعمال .

وتبدو أهمية تحديد موطن الشخص فى نواحى كثيرة أهمها :

١- الأوراق القضائية المطلوب اعلانها للشخص ، كالاعلان ، والانذار ، والتنبيه ، وصحيفة الدعوى أو غيرها من الأوراق التى تكون ذات آثار قانونية توجه الى الشخص فى موطنه.

= لها زواج . لما كان ذلك ، فإن معاشرة والدة الطاعنين لوالد المطعون عليه (المسيحى) سواء قبل ردتها أو بعدها محرمة شرعاً ولا تنتج فراشاً ولا تثبت نسب يتولد عنه أى حق فى الميراث (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ س٢٦ ص١٦٩٢).

٢- يكون الاختصاص بنظر دعاوى الحقوق الشخصية أو المنقولة للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه .

٣- الوفاء بالالتزامات التى يكون محلها شيئاً من المثليات كالنقود ، يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء.

٤- يتم اتخاذ اجراءات الافلاس أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن التاجر .

٥- يلعب الموطن دوراً هاماً فى تحديد الاختصاص القضائى والقانونى بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبى على صعيد القانون الدولى الخاص .

(ب) كيفية تحديد الموطن :

يتم تحديد الموطن طبقاً لأحد تصويرين : التصوير الواقعى أو التصوير الحكمى :

١- التصوير الواقعى للموطن : يتحدد الموطن طبقاً لهذا التصوير على أساس مادى هو الاقامة الفعلية المستمرة للشخص فى مكان معيّن . يعتد هذا التصوير بالاقامة الحقيقية للشخص حيث ترتبط الفكرة القانونية للموطن ارتباطاً وثيقاً بفكرة واقعية هى الاقامة العادية ، ومن ثم فإن الموطن يتحدد بالمكان الذى يُقيم فيه الشخص عادة ، أما المكان الذى يوجد فيه الشخص عرضاً فلا يُعتبر موطناً له .

ويترتب على الأخذ بالتصوير الواقعى للموطن ، نتيجتان:

الأولى : يمكن ألا يكون للشخص موطن ، وذلك فى الحالة التى لا يكون له محل مستقر يقيم فيه على وجه الاعتياد . ومثال ذلك البدو الرحل الذين لا يستقرون فى مكان معيّن .

الثانية : جواز تعدد الموطن ، حيث يكون الشخص مقيماً بالفعل فى أكثر من مكان .

٢- التصوير الحكمى للموطن : يتحدد الموطن بالمكان الذى يوجد فيه المركز الرئيسى لأعمال الشخص ومصالحه دون نظر الى مكان اقامته المعتاد . فلا يعتد بالاقامة الحقيقية أو الفعلية بل ينبغى النظر الى مكان مصالح الشخص وأعماله ، لذا يكون موطن الشخص ، هو مركز أعماله الرئيسى ، كالمصنع بالنسبة لرجل الصناعة والمتجر بالنسبة للتاجر والمكتب بالنسبة للمحامى . يقوم هذا التصوير على أساس افتراض قطعى لا يقبل اثبات العكس مؤداه وجود الشخص حيث يوجد مركز أعماله ولو كان الواقع يخالف هذا الافتراض ، كما لو كان الشخص يقيم بالفعل فى مكان آخر .

ويترتب على الأخذ بهذا التصوير نتيجتان :

الأولى : إن كل شخص لا بد وأن يكون له موطن ، فلا بد من قيام صلة ولو حكمية بين الشخص ومكان معين ، هذا المكان هو فى الأصل موطن الوالدين أو الوصى ، إلا إذا اختار الشخص عند بلوغه سن الرشد مركزاً رئيسياً لأعماله يكون موطناً له .

الثانية : لا يمكن أن يوجد للشخص سوى موطن واحد ، لأن العبرة بمركز العمل ، وإذا تعددت الأعمال فإنه لا يعتد إلا بالمركز الرئيسى لها .

٣- تقدير التصويرين : يتميّز التصوير الحكمى للموطن بالثبات والاستقرار ، إلا أنه مبنى على الافتراض الذى يخالف الواقع فى بعض الحالات . أضف الى ذلك أنه يصعب كثيراً فى العصر الحديث ، أمام تَشعب المصالح وتنوع الأعمال ، التعرف على المركز الرئيسى من بينها . لذلك كانت النتائج التى توصل اليها هذا التصوير غير مقبولة فى العمل .

أما التصوير الواقعى فيمتاز بالبساطة والوضوح الى جانب أساسه الواقعى ونتائجه العملية ، حيث يربط الموطن بالاقامة الفعلية المعتادة وهو أمر يتفق مع الواقع والمنطق . كما أنه يسلم بما هو واقع فى العمل من امكان انعدام الموطن أو تعدده .

(جـ) تحديد الموطن فى القانون المقارن :

أخذ التقنين الفرنسى بالتصوير الحكمى للموطن مع بعض الاستثناءات ، إلا أن القضاء أورد على هذا التحديد بعض القيود والتحفظات التى من شأنها الاعتداد بالواقع والاقامة الفعلية .

ويأخذ القانون الألمانى بالتصوير الواقعى للموطن . وهو نفس اتجاه الشريعة الاسلامية فى تصويرها للموطن . وتبنى القانون المصرى صراحة هذا الاتجاه ، فنص على أن الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة (١).

المطلب الثانى

أنواع الموطن

الفرع الأول

الموطن العام Le domicile général

الموطن العام إما أن يكون اراديا وإما أن يكون إلزاميا .

(أ) الموطن العام الارادى :

الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة ، وهو

---

(١) م ١/٤٠ مدنى .

تصوير واقعى لفكرة الموطن ، يرتكز على الاقامة الفعلية على نحو من الاستقرار يبلغ أن يكون عادة ، مع قيام النية على ذلك ، وهو أمر يستقل بتقديره قاضى الموضوع(١). فالموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص اقامة مستقرة ، ويستلزم ذلك أن تكون هناك اقامة فعلية وأن يكون هناك استقرار .

يتضح من ذلك أن الموطن يتحدد انطلاقاً من عناصر ثلاثة :

الأول : هو الاقامة أو الوجود الفعلى فى المكان .

الثانى : هو الاستقرار وهو ضروري لتوافر معنى التوطن ذلك أن مجرد الوجود أو السكن فى مكان لا يجعل منه موطناً ما لم تكن الاقامة مستقرة فيه . ولا يُقصد بالاستقرار الاقامة دون انقطاع ، وإنما يُقصد استمرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة .

الثالث : هو نية الشخص الاستيطان فى المكان ، وهذه النية يمكن الاستدلال عليها من الظروف المادية الخارجية ، وتقدير نية الاستيطان يُعتبر من الأمور الواقعية التى يقررها قاضى الموضوع (٢) . وتتضح هذه النية من القرائن والأدلة الدالة على استقرار الاقامة أى استمرارها بنية التوطن . ولكن استمرار الاقامة الفعلى ليس شرطاً فى ذاته بل هو مجرد قرينة على الاستقرار . فالاقامة قد لا تكون مستقرة رغم استمرارها فترة زمنية طويلة إذا اقترنت بظروف تبعدها عن معنى الاستقرار ، كالتواجد فى مكان تلقى العلم . وتكفى القابلية للاستمرار ولو لم تستمر فعلاً .

---

(١) نقض ١٩٥٢/٢/٧ التشريع والقضاء ٥ مدنى ١٩٨-١٤٤.

(٢) نقض ١٩٦٩/٥/٢٧ س٢٠ ص٨٠٢ .

ويترتب على ما تقدم عدة نتائج:

١- يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن فى وقت واحد . وذلك فى حالة استقرار الاقامة فى أكثر من مكان ، كمن يكون له زوجتان يقيم مع كل منهما فى مكان منفصل عن الأخرى ، أو إذا كان الشخص يقيم اقامة معتادة فى الريف وإحدى المدن معاً . هنا يجوز مخاطبة الشخص فى أى موطن منهما .

٢- يجوز الا يكون للشخص موطن ما ، مثال ذلك البدو الرحل . هنا لا مناص من الاعتداد بمكان وجودهم الفعلى . وقد واجه المشرع هذا الفرض فى حالة أعلان أوراق المحضرين فقرر أنه إذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم وجب أن تشتمل الورقة على أخر موطن معلوم له فى مصر أو فى الخارج وتسليم صورتها للنيابة . وإذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل إقامة ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل اقامته ، وإلا كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (١).

٣- يجوز للشخص تغيير موطنه بمحض ارادته . ولا يخضع هذا التغيير لأية اجراءات . ويكفى تغيير الاقامة من مكان الى الآخر على سبيل الاستقرار . ولا يشترط مرور مدة معيّنة عليه فى هذا الموطن الجديد . وقد ينشأ الموطن ثم يزول بعد وقت قليل ، حيث يكفى وجود القرائن والأدلة المعبّرة عن نية الاستقرار بالمكان ولو لم يستمر فترة زمنية كبيرة .

---

(١) م ١٢ ، ٦٨ مرافعات ..

(ب) الموطن العام القانونى أو الالزامى

Le domicile légal

الأصل أن يكون الموطن اختيارياً ، فكل شخص حر فى اختيار المكان الذى يكون موطناً له ، وفى تغيير موطنه . ولكن القانون يفرض على بعض الأشخاص موطناً معيناً الزامياً ، لا دخل لارادتهم فى اختياره .

والأشخاص الذين جعل القانون لهم موطناً هم عديمو الأهلية وناقصوها ، وكذلك المفقود والغائب . وقد جعل المشرع موطن هؤلاء هو موطن من ينوب عنهم قانوناً . فموطن القاصر هو موطن أبيه أو جده أو موطن الوصى عليه . وموطن المجنون والسفيه وسائر المحجور عليهم هو موطن القيّم عليهم ، وموطن الغائب والمفقود هو موطن الوكيل عنهما .

ويلاحظ فى تلك الحالات أن الموطن الالزامى لا يرتبط باقامة الشخص بل يتحدد بمكان اقامة من ينوب عنه قانوناً ، أى أن تحديده لا يتم بصورة واقعية وانما هو موطن حكمى .

ونظراً لأن الموطن القانونى يُعتبر استثناء من مبدأ اختيار الموطن فإنه يترتب على ذلك :

١- لا يتقرر الموطن الالزامى بغير نص ، فالأشخاص الذين فرض عليهم القانون موطناً الزامياً هم من ذكرهم النص دون غيرهم ، أى أن حالات الموطن القانونى وردت على سبيل الحصر ، ومن ثم لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها. وعلى ذلك فليس للزوجة موطن الزامى . لا شك أن الغالب هو اقامتها مع زوجها بنفس المكان ، إلا أنه قد يكون لها موطن آخر إذا لم تكن مقيمة معه لأى سبب من الأسباب .

٢- ان الموطن الالزامى معلق على وجود السبب الداعى الى تقريره ، ولذلك فإن القاصر المأذون له بالاتجار أو الادارة ،

يجوز أن يكون له – بالنسبة للأعمال التى له حق مزاولتها – موطن يختاره هو لمزاولة هذه الأعمال .

الفرع الثانى

الموطن الخاص Le domicile spécial

يُعتبر الموطن العام المقر القانونى للشخص بالنسبة لكافة معاملاته وأعماله . وقد يوجد للشخص ، الى جانب موطنه العام ، موطناً خاصاً يكون مقره القانونى بخصوص جانب معيّن من الأعمال والعلاقات ، وهناك حالات ثلاث للموطن الخاص :

(أ) موطن الأعمال (الموطن التجارى أو الحرفى) :

موطن الأعمال أو الموطن التجارى أو الحرفى Le domicile d'affaire ou domicile commercial ، هو المكان الذي يباشر فيه الشخص نشاطاً تجارياً أو حرفياً ، هذا المكان يُعتبر موطناً بالنسبة الى ادارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة ، فهو موطن خاص بمكان العمل بالنسبة الى التجار والصناع وأصحاب الحرف (١). ويدخل فى ذلك أيضاً أصحاب المهن ، كالمحامى والمهندس والطبيب ، حيث يكون لكل من هؤلاء موطن أعمال خاص بشئون مهنته .

وموطن الأعمال هو موطن خاص يقتصر على من يباشرون تجارة أو صناعة أو حرفة أو مهنة ، ولا ينطبق ذلك على الموظف أو الطالب . فالمكان الذى يؤدى فيه الموظف عمله لا يعتبر موطناً خاصاً له فيما يتعلق بشئون وظيفته .

---

(١) م ٤١ مدنى .

ويتقصر الموطن الخاص على ما يتعلق بأعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة . فالموطن هنا لا يعتبر قانوناً إلا بالنسبة لهذه الأعمال ، أما فيما يتعلق بأعمال الشخص الأخرى فالمعوّل عليه قانوناً هو موطنه العام . فالتاجر مثلاً يكون له موطنان : موطن خاص بأعمال تجارته تتركز فيه المعاملات القضائية المتعلقة بهذه التجارة ، وموطن عام يتحدد بمكان اقامته المعتادة يعتد به بالنسبة للأعمال القانونية الأخرى التى لا تتصل بالتجارة .

(ب) موطن القاصر المأذون :

رأينا ان القانون يحدد لناقصى الأهلية موطناً إلزامياً هو موطن من ينوب عنهم قانوناً ، لأن الأعمال القانونية التى تهم القاصر يباشرها عنه نائبه ، ومن ثم فهو يُخاطب قانوناً فى شخص نائبه .

أما إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة فإنه يجوز له أن يؤذن فى مباشرة بعض الأعمال القانونية بنفسه ، وهى تلك الأعمال المتعلقة بادارة أمواله . فهو يُعتبر كامل الأهلية بالنسبة لبعض التصرفات القانونية التى يؤذن له فى مباشرتها بنفسه . لذا يكون له موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها . وهو المكان الذى يباشر فيه تجارة إذا كان مأذوناً له فى ذلك ، أو المكان الذى يختاره لمباشرة عمل قانونى معيّن هو أهل لمباشرته . وينطبق ذلك على كل من هم فى حكم القاصر من المحجور عليهم (١) .

---

(١) م ١١٢ ، ٤٢٠ مدنى .

مؤدى ذلك أن ناقص الأهلية يمكن أن يكون له الى جانب موطنه العام الالزامى موطن خاص بالنسبة لأعمال الادارة التى يباشرها ، وهو يتحدد باختياره ، والأصل أن يكون محل اقامته المعتادة . ويمكن أن يكون مكان مباشرة نشاطه التجارى أو الصناعى أو الحرفى ، أو المحل المختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معيّن يكون أهلاً لمباشرته .

(جـ) الموطن المختار domicile élu :

الموطن المختار هو المكان الذى يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معيّن[1] ، بحيث يكون خاصاً بهذا العمل وحده . ويتم تحديد ذلك الموطن إما بالارادة المنفردة لصاحبه أو بمقتضى عقد يبرمه مع شخص آخر . كاتفاق الأطراف على أن يكون الاختصاص بالنسبة الى المنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بينهما لمحكمة معيّنة[2] . وهنا نكون بصدد اختيار موطن خاص للتقاضى . وكما إذا اشترى شخص أرضاً بعيدة عن موطنه ، فيتفق معه البائع على أن يكون له موطن قريب من الأرض بالنسبة لهذا البيع . وكما إذا اختار الشخص مكتب محاميه موطناً خاصاً تعلن فيه كل الأوراق القضائية المتعلقة بعقد أو تصرف قانونى أو منازعة معيّنة .

ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة[3]، فالكتابة ضرورية لاثبات اختيار الموطن . فلا يجوز لمن يتمسك بالموطن المختار أن يثبت وجوده إلا بالكتابة ، وذلك أياً كانت

---

(١) م ٤٣ مدنى .

(٢) وهنا لا يجوز العدول عن هذا الموطن أو تغييره إلا برضاء الطرفين، بل يُعتبر هذا الاختيار ملزماً لورثة كل منهما فيما يتعلق بتنفيذ العمل القانونى الذى اختير من أجله .

(٣) م ٤٣ مدنى .

قيمة التصرف القانونى الذى من أجله اختار الأطراف موطناً خاصاً .

والأصل أن يكون اتخاذ موطن مختار أمراً جوازياً للشخص ، غير أن القانون قد يُلزم الشخص باختيار موطن خاص فى بعض الحالات الاستثنائية . مثال ذلك ما يقضى به القانون من وجوب اتخاذ الخصم موطناً مختاراً فى المنطقة التى بها مقر المحكمة إذا لم يكن مقيماً فيها (١). واختيار الدائن المرتهن موطناً له فى دائرة المحكمة التى بها العقار المرهون وذلك عند قيد الرهن (٢).

وينبغى مراعاة أن الموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على اعمال دون أخرى(٣) . مؤدى ذلك أن الموطن المختار للوفاء بالتزامات ناشئة عن تصرف قانونى معيّن يعتبر موطناً مختاراً بالنسبة الى اجراءات التنفيذ الجبرى المتعلقة بهذه الالتزامات . فإذا اتفق فى عقد البيع على موطن مختار لتنفيذ العقد ، كان هذا الموطن هو محل التقاضى واتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى بالنسبة للالتزامات الناشئة عن العقد كالتزام المشترى بدفع الثمن مثلاً . أما الموطن المختار لاجراء التنفيذ الجبرى فلا يعتبر موطناً للوفاء الاختيارى . كل ذلك ما لم يتفق صراحة على قصر الموطن المختار على بعض الأعمال دون الأخرى .

---

(١) م ٧٤ مرافعات .

(٢) م ٣٠ من قانون الشهر العقارى .

(٣) م ٤٣ مدنى .

المبحث الخامس

الذمة المالية Le partimoine

(أ) المقصود بالذمة المالية :

يُقصد باصطلاح الذمة المالية التعبيرعن مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية . فالذمة هى مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية .

يتضح من ذلك أن الذمة تتكوّن من جانبين أو عنصرين : جانب ايجابى l'actif ، يشمل مجموع ما للشخص من حقوق مالية (الأموال) . وجانب سلبى le passif هو مجموع التزامات الشخص المالية (الديون) . فإذا زاد الجانب الايجابى (الأصول) على الجانب السلبى (الخصوم) قيل أن الشخص فى حالة يسار solvabilité . أما إذا تجاوزت ديون الشخص ما له من حقوق قيل انه فى حالة اعسار insolvabilité .

مفاد ذلك أن الذمة المالية تضم الالتزامات والحقوق المالية وحدها ، أما الحقوق غير المالية فلا تدخل فيها . فتشمل الذمة الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية فى جانبها المالى وما هو مالى من حقوق الأسرة . ولا تشمل الذمة المالية الحقوق السياسية وحقوق الشخصية والجانب الأدبى فى كل من حقوق الأسرة والحقوق المعنوية . ويمكن أن يترتب على الاعتداء على هذه الحقوق حقاً مالياً فى التعويض عن الضرر الواقع من هذا الاعتداء ، فيدخل هذا الحق فى الذمة ويكون عنصراً فيها . ولا تشمل الذمة الواجب العام المفروض على الكافة باحترام حقوق الغير أياً كان نوعها ،

والتكاليف العامة غير المالية كواجب أداء الخدمة العسكرية .

ويلاحظ أن كلاً من العنصرين الايجابى والسلبي يتكوّن من جانب حاضر وجانب مستقبل ، ذلك أن الذمة تعبّر عن حقوق والتزامات الشخص المالية فى الحال أو فى الاستقبال ، فهى بمثابة « وعاء اعتبارى أو مستودع افتراضى فى الانسان لاستيعاب ما له من حقوق وما يثبت عليه من ديون » . هذا الاناء يمكن أن يكون فارغاً فى وقت معيّن ولكنه موجود وصالح لتلقى ما يستجد لصاحبه من حقوق والتزامات مالية فى أى وقت أخر ، لأن الذمة لا تقتصر على الحاضر من الأموال والديون ، بل تشمل أيضاً ما يستجد منها فى المستقبل .

وقد ظهرت فى خصوص تحديد طبيعة الذمة المالية نظريات ثلاث: النظرية التقليدية ، نظرية التخصيص ، النظرية الحديثة .

(ب) النظرية التقليدية : نظرية الشخصية :

تربط هذه النظرية بين الذمة المالية والشخصية القانونية . فالشخصية هى الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات عموماً أياً كانت طبيعتها . أما الذمة فتُعبّر عن الصلاحية لثبوت الحقوق والالتزامات المالية وحدها . فالذمة المالية تمثل الجانب المالى للشخصية القانونية ، والذمة لا تقوم مستقلة لذاتها، بل مستندة الى شخص معيّن ، فهى إحدى خصائص الشخصية ، بل هى الشخصية ذاتها منظوراً اليها من جانبها المالى . ويترتب على ذلك التصوير للذمة النتائج التالية :

١- **لكل شخص ذمة مالية** ، فلما كانت الذمة مرتبطة أو مندمجة فى الشخصية ، فمن الحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية ، حتى لو لم يكن له حق أو عليه دين . فلا يعلق وجود الذمة المالية على ضرورة وجود حقوق والتزامات مالية فى وقت معيّن . فالطفل اللقيط العادى تكون له ذمة

مالية بالرغم من أنه مجرد من كل حق أو التزام مالى ، ولكن تتوافر لديه الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. فالذمة لا تقتصر على الحقوق والالتزامات الحاضرة بل تشمل أيضاً ما قد يستجد منها فى المستقبل .

٢- **لكل ذمة مالية شخص تستند اليه** ، فمادامت الذمة هى الجانب الايجابى للشخصية أو هى الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى ، فلا يتصوّر قيام الذمة دون وجود شخص تستند اليه . ولا توجد إلا للأشخاص ، فتثبت لكل شخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً .

٣- **الذمة المالية واحدة لا تتعدد ولا تتجزأ** ، لما كانت الذمة مرتبطة بالشخصية ، وكانت الشخصية واحدة ، فإن الذمة المالية بدورها لا تقبل التعدد أو التجزئة . فكل شخص لا تكون له سوى ذمة مالية واحدة ، وهذا هو مبدأ وحدة الذمة المالية l'unité وعدم قابليتها للانقسام l'indivisibilité. فكل الأموال والالتزامات المالية الحاضرة والمستقبلة تكون مجموعة قانونية واحدة هى ذمة الشخص ، فهى كتلة واحدة تخضع ، كقاعدة عامة ، لذات القواعد القانونية .

٤- **الذمة المالية مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكوّنة لها** ، فلا يتأثر وجود الذمة بوجود هذه العناصر أو بأى تغيير أو تعديل يحدث فيها ، وبذلك تكون الذمة كالوعاء المستقل فى وجوده عن وجود محتوياته ، فقد تنقص الحقوق أو الديون ، أو تزيد ، دون أن يؤثر ذلك على الذمة باعتبارها وحدة قانونية متميّزة عن عناصرها . فهى توجد ولو خلت يوماً من محتوياتها ، وتظل قائمة لتلقى ما قد يدخل فيها مستقبلاً من عناصر . فالذمة لا تتكوّن من مجموعة فعلية قائمة من الحقوق والالتزامات المالية ، بل هى

مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص منها حاضراً ومستقبلاً .

٥- **الذمة المالية لا تقبل الانتقال** ، لأنها هى الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى ، ويستحيل التصرف فى الشخصية أو النزول عنها ، فلا يتصوّر التصرف فى الذمة أو النزول عنها كوحدة ، وانما يجوز التصرف فى العناصر المكوّنة لها دون أن يمس ذلك وجود الذمة . ولا تنتقل الذمة الى الورثة ، ولكن تنتقل اليهم حقوق والتزامات المورث بسبب امتداد شخصيته واستمرارها فى بقائها فى أشخاص الورثة .

(جـ) نظرية التخصيص :

تفصل هذه النظرية بين الذمة المالية والشخصية القانونية. فالذمة ليست الشخصية ولا هى متفرعة عنها ولا مرتبطة بها . والذمة لا توجد بسبب ثبوتها لشخص معيّن ، وانما بسبب تخصيصها لغرض معيّن . وعلى هذا فكلما وجدت مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية مخصصة لغرض محدد له قيمة جديرة بالحماية ، جاز القول بأن هناك ذمة مالية .

فالجمعية أو الشركة أو المؤسسة لها غرض معيّن ، وتوجد لها ذمة مالية تتكوّن من الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاطها ، هذه الذمة قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها ، ولها كيان مستقل عن الأفراد المكونين للشخص الاعتبارى . والجامع الذى يجمع بين هذه الحقوق والالتزامات ، فيستقل بها عن حقوق الأفراد والتزاماتهم ، هو الغرض المقصود من الجمعية أو الشركة أو المؤسسة .

ويترتب على هذه النظرية نتائج مناقضة لنتائج النظرية التقليدية :

١- **وجود الذمة دون شخص** : توجد الذمة المالية ولو

لم يوجد شخص تستند اليه ، بل يكفى وجود مجموعة من الحقوق والالتزامات المخصصة لغرض معيّن . ويكفى ذلك ، لدى أنصار هذه النظرية ، للاستغناء عن فكرة الشخص الاعتبارى التى تعد حيلة مصطنعة ومجرد افتراض مخالف للواقع تم اللجوء اليها للاعتراف للأشخاص المعنوية بذمة مالية مستقلة .

فالشخصية القانونية ، فى نظرهم تقتصر على الشخص الطبيعى وحده ، ولا داعى للقول بوجود الشخص الاعتبارى كى نعترف له بذمة خاصة مستقلة عن ذمة أعضائه، إذ يمكن الوصول لتلك الغاية بأن نسلم بأن الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة يجمعها التخصيص لغرض واحد ، ومن ثم فهى تكون ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحدة الغرض الذى خصصت له دون أن تستند فى وجودها الى شخص ما .

٢- **وجود شخص دون ذمة** ، فمادام أن الذمة مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معيّن ، فيمكن تصور وجود شخص ليس له حق وليس عليه التزام فلا تكون له بالتالى ذمة مالية .

٣- **امكان تعدد الذمة** : مادامت الذمة المالية تقوم على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معيّن ، فيمكن أن يكون للشخص أكثر من ذمة ، فتتعدد الذمم بتعدد الأغراض التى تخصص لها أمواله . فكل مجموعة من أمواله يخصصها لغرض معيّن تعتبر مكوّنة ذمة خاصة . فالوارث ، مثلاً ، تكون له ذمتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التى آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمة الديون الخاصة بها ، فلا يلتزم الوارث فى ذمته الخاصة بسداد ديون مورثه .

٤- **امكان انتقال الذمة** : مادامت الذمة المالية لا تستند الى شخص ، بل الى غرض معيّن تتخصص به عناصرها ، فيمكن أن تنتقل من شخص الى آخر بالتصرف أو بالميراث ، ويشمل هذا الانتقال ما فى الذمة من حقوق والتزامات .

(د) تقدير النظريتين :

أولاً : يتسم منطق النظرية التقليدية بالمغالاة الشديدة بربط فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها ، واعتبار الذمة هى الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى . والواقع أن هناك فارق بينهما ، وإلا ما كانت هناك فائدة وراء مصطلح الذمة المالية . فالشخصية هى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، بينما الذمة هى مجموع الحقوق والالتزامات المالية للشخص .

ثانياً : تستند نظرية التخصيص الى مبدأ امكانية قيام الذمة دون أن تكون مستندة الى شخص . ومن المسلم به أن هذا المبدأ يخالف المقرر فى القوانين الحديثة بوجه عام . فمن الثابت اليوم أن الذمة المالية لا تتصور إلا مستندة الى شخص معيّن سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو اعتبارياً ، ذلك أنه لا يكتسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات إلا الأشخاص وحدهم . ولا تصلح فكرة التخصيص بمفردها ودون وجود شخص لتكوين ذمة مالية . ولا تغنى هذه الفكرة عن نظرية الشخصية الاعتبارية التى تستوعب كافة أنواع الأنشطة التى تتفق وطبيعة الشخص الاعتبارى ، بينما تعجز نظرية ذمة التخصيص عن تفسير ما لا يتصل بالنشاط المالى ، أضف الى ذلك أن وجود الأشخاص الاعتبارية لا يقوم على أساس الافتراض بل يستند الى حقيقة واقعية ، وتشكل هذه

الأشخاص ركيزة أساسية فى النظم القانونية المعاصرة .

ثالثاً : الذمة المالية لا تندمج بالشخصية القانونية ولا تأخذ خصائصها ، ولكنها تستند بالضرورة الى الشخصية ، ولا تنفصل عنها إلا بالوفاة . فطالما بقى الشخص حياً تبقى له ذمته المالية التى لا تنتقل ، ولا يمكن التنازل عنها ، إلا أنه يجوز التصرف فى عناصرها . ولكن الذمة تنتقل بالوفاة الى الوارث ، فتكون له ذمتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التى انتقلت اليه ، ومن ثم فهو لا يسأل عن ديون المورث ، إلا فى حدود ما آل اليه من أموال التركة . وليس من الصحيح تبرير ذلك المبدأ بافتراض ان شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث .

رابعاً : لا يمكن التسليم بأن الشخص يجوز له أن يعدد ذمته بقدر تعدد أوجه نشاطه لأن ذلك يخالف مبدأ الضمان العام المقرر للدائنين ، حيث ان أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . فالقاعدة اذن هى وحدة الذمة المالية . ولكن المشرع يتدخل أحياناً لتخصيص مجموعة معيّنة من أموال الشخص لغرض معيّن ، فتنشأ بذلك ذمة خاصة الى جانب الذمة العامة ، وهذا يؤدى الى تعدد الذمة.

ولكن يلاحظ أن تجزئة الذمة لا تتحقق بارادة الفرد وحده، والقانون فقط هو الذى يقدر ضرورة هذه التجزئة لاعتبارات يقدرها هو . ونكون بذلك أمام تجزئة الذمة ، وهذا هو ما يسمى بالذمة المنفصلة partimoine séparé التى تكون لها ذاتيتها واستقلالها ونظامها القانونى.ومن أهم الأمثلة على تجزئة الذمة المالية فى القانون الوضعى :

١- تنتقل أموال التركة الى الورثة بمجرد وفاة المورث ، إلا أن هذه الأموال تخضع لنظام قانونى خاص يختلف عن

النظام الذى تخضع له أموال الوارث الأخرى ، حيث تتعلق ديون المورث بهذه الأموال دون أن يُسأل الوارث عنها فى أمواله الخاصة . معنى ذلك أن التركة تكون مجموعة معيّنة من الأموال والالتزامات فى نطاق الذمة المالية للوارث . ويبدو ذلك بوضوح فى حالة تعيين مصف للتركة يتولى ادارتها وتصفيتها لسداد حقوق الدائنين .

٢- لمالك السفينة الحق فى تركها كى يقتضى أصحاب الديون التى نشأت بسبب السفينة وسفرها حقوقهم من ثمنها ومن أجرتها . وهذا ما يسمى بنظام ترك السفينة abandon du navire ، ومعناه أنه يجوز للمالك التخلص من الديون التى تنشأ من جراء رحلة بحرية بترك السفينة وأجرتها للدائنين . وهذا يعنى أن السفينة أُعتبرت ذمة خاصة، ويقتصر حق الدائنين على التنفيذ على السفينة دون سائر أموال صاحبها .

٣- يجوز للشخص أن يساهم فى الشركات التجارية ببعض أمواله ، ولا يكون لدائنى الشركة حق الرجوع على سائر أمواله بل على أسهمه فقط ، حيث تُعتبر هذه الأسهم ذمة مستقلة عن ذمة الشخص العادية .

٤- يتمتع القاصر بأهلية التصرف فيما يسلم له من أموال لأغراض نفقته ، والمال الذى يكسبه من عمله الخاص ، ويصح التزامه فى حدود هذه الأموال دون غيرها . تُعتبر هذه الأموال مجموعة مستقلة لها نظامها القانونى الخاص ، فهى بمثابة ذمة خاصة يقوم القاصر على ادارتها والتصرف فيها بحيث لا يمتد سلطان دائنى هذه الذمة الى سائر أمواله التى تتكوّن منها ذمته العادية العامة .

(هـ) النظرية الحديثة :

يتضح لنا من التقدير السابق أن كل من النظرية التقليدية ونظرية التخصيص تنطوى على قدر من المبالغة والوصول الى نتائج مخالفة للواقع ، إلا أن كل من النظريتين ينطوى على قدر من الحقيقة . لذا جاءت النظرية الحديثة للتوفيق بين النتائج السابقة .

ينظر الفقه الحديث الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة تفنى فيها عناصرها ، فهى مجموعة ذهنية مستقلة عن تلك العناصر ، التى تفقد فيها ذاتيتها ولا تظهر إلا كقيم ايجابية أو سلبية . تتغيّر عناصر الذمة بالزيادة والنقصان فيخرج البعض ويدخل الآخر ، نظراً لأن حقوق الشخص والتزاماته المالية فى تغيّر دائم مستمر . ولا يؤثر ذلك على وجود الذمة كوحدة دائمة متماسكة مترابطة تنتظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية المتغيّرة .

يتضح من التصوير السابق ان الذمة المالية ليست حقيقة مادية ، وانما هى صياغة قانونية تقوم على كونها مجموعة معنوية مستقلة عن عناصرها . ويرمى هذا التصوير الى تفسير عدة نظم قانونية ، أهمها : حق الضمان العام للدائنين، وانتقال التزامات المورث مع أمواله الى الورثة .

أولاً : الضمان العام للدائنين :

للدائنين حق ضمان عام droit de gage général على جميع أموال المدين . ان أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه . فللدائن حق الضمان العام على الجانب الايجابى للذمة المالية للمدين . والجانب الايجابى للذمة المالية يكون مسئولاً عن الجانب السلبى فيها بغض النظر عن عناصر كل منهما وما قد يطرأ على هذه العناصر من تغيير . وبذلك يكون مجموع

حقوق الشخص ضامناً لمجموع التزاماته ، بمعنى أن ضمان الدائنين لا يقع على مال معيّن من أموال المدين ، بل يقع على الجانب الايجابى من ذمة المدين برمته باعتباره وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن ذاتية عناصرها ومحتوياتها .

ويترتب على هذه الصياغة النتائج الآتية :

١- لا يقع الضمان العام على مال معيّن من أموال المدين، بل يقع على كل ما يوجد فى ذمة المدين من أموال ، سواء أكانت هذه الأموال موجودة وقت نشوء الدين أم وجدت بعد ذلك . فالضمان يرد على كل ما يكون مملوكاً للمدين وقت التنفيذ ولو كان قد كسبه بعد نشوء الدين . بحيث لا يقتصر الضمان على اموال المدين الحاضرة وقت نشوء الدين بل يمتد كذلك الى أمواله المستقبلة .

٢- يتفق الضمان العام المقرر للدائنين مع طبيعة الحق الشخصى ، فحق الدائن لا ينصب على مال معيّن بالذات من أموال المدين ، وانما يكون للدائن سلطة مطالبة المدين بالقيام بعمل معيّن أو بامتناع عن عمل لصالحه ولحسابه . فإذا لم يقم المدين بذلك ولم يمكن جبره على القيام به ، كان للدائن أن يقتضى منه تعويضاً عن اخلاله بما التزم به . ويستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على أى مال من أموال المدين كى يُباع هذا المال جبراً ، ويقتضى الدائن حقه من الثمن . وحق الدائن فى التنفيذ على هذا النحو لا يمتد الى ما تصرف فيه المدين من أمواله قبل التنفيذ ، ولكنه يشمل الأموال الموجودة والمملوكة للمدين وقت التنفيذ ، سواء أكان هذا المال موجوداً عند نشوء حق الدائن ، أو دخل ذمة المدين بعد ذلك .

٣- يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان عام على جميع أموال المدين ، لأن كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه ،

يكون الدائنون جميعاًعلى قدم المساواة فى استيفاء ما لهم من حقوق ، هذا ما لم يكن لأحدهم حق التقدم طبقاً للقانون ، وذلك حيث يكون حقه مضموناً بتأمين خاص ، كرهن تقرر له على عقار مثلاً ، فالتأمين الخاص من شأنه أن يجنب الدائن مزاحمة غيره من الدائنين ، تلك المزاحمة التى تستند الى حق الضمان العام المشترك . ويترتب على المساواة بين الدائنين عدم التمييز بينهم فى استيفاء ما لهم من حقوق ، أياً كان تاريخ نشوئها أو استحقاق الوفاء بها أو مصدرها . وهذه المساواة قد تعرضهم لخطر التزاحم على أموال المدين عند عدم كفايتها لوفاء الديون كاملة واقتسامهم إياها فيما بينهم قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم .

٤- يكون للمدين حرية التصرف فى أمواله لأن حق الدائن ينصب على الجانب الايجابى فى الذمة المالية أى على جميع أموال المدين كمجموع ذاتى مستقل عن عناصره . ولا ينصب حق الدائن على مال معيّن بذاته من تلك العناصر . ولو أن حق الدائن كان ينصب على عنصر معيّن لما استطاع المدين التصرف فيه ، وتعطلت حريته فى التصرف ، وتتأثر بذلك حرية تداول الأموال . فالمدين لا يمتنع عليه التصرف فى أمواله ، وتكون تصرفاته هذه نافذة فى مواجهة دائنيه ، بمعنى أن الدائن لا يستطيع أن يتتبع الأموال التى تخرج من ذمة المدين بالتصرف فينفذ عليها . وليس للدائنين الاعتراض على تصرفات المدين ، مادام أنه لم يقع منه غش أو اضرار بهم (١). والسبب فى ذلك هو ، كما بيّنا ، أن حق الضمان العام يرد

---

(١) أما إذا انطوى تصرف المدين على غش أو إضرار بالدائنين ، كان لهم حق الاعتراض على التصرف عن طريق الدعوى البوليصية . وهناك أيضاً الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية لمواجهة اهمال المدين وسوء نيته .

على أموال المدين الحاضرة وما يدخل ذمته من أموال ولو بعد نشوء الدين . أما الأموال التى تخرج من ذمة المدين فلا سلطان للدائنين عليها .

ثانيًا : انتقال الذمة المالية بالوفاة :

الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية متماسكة يرتبط فيها الجانب الايجابى بالجانب السلبى لا تنهار بوفاة صاحبها ، بل تظل قائمة وتنتقل الى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية . ولا تندمج ذمة المورث فى ذمة الوارث وإلا أصبح مسئولاً عن ديون التركة حتى فى أمواله الأصلية . ولكن انتقال التركة يأخذ وضعاً خاصاً فى اطار ذمة الوارث المالية العامة ، حيث تشكل وحدة مستقلة بداخلها .

فالقاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون . تنتقل التركة الى الوارث بمجرد وفاة المورث . ويصبح الوارث مالكاً لأموال التركة فور وفاة المورث . ولكن هذه الأموال مثقلة بديون المتوفى ، ولا تخلص للوارث كلية إلا بعد سداد هذه الديون . مؤدى ذلك أن ذمة المورث تنتقل الى الوارث بما لها وما عليها من التزامات ، وتكون وحدة مستقلة بذاتها ، يضمن الجانب الايجابى فيها الجانب السلبى كما تحددت عناصر كل منهما عند الوفاة . ولا يكون الوارث مسئولاً فى ذمته وأمواله الأصلية عن الوفاء بديون المورث .

وتظل ذمة المورث قائمة الى حين اتمام تصفية التزامات التركة ، ويؤول ما يتبقى منها ، بعد الوفاء بتلك الالتزامات ، الى الوارث ابتداء من تاريخ الوفاة ، ولكن لا يؤول اليه نصيبه خالصاً إلا بعد سداد الديون .

الفصل الثانى
الأهليـة

نعرض لدراسة الأهلية من خلال ثلاثة مباحث ، نبيّن فيها على التوالى ، التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها ، أحكام أهلية الأداء ، نظام الولاية على المال .

المبحث الأول
التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها

المطلب الأول
أهلية الوجوب وأهلية الأداء

(أ) أهلية الوجوب Capacité de jouissance :

هى صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وأن تتقرر فى ذمته التزامات . وهذه القابلية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات هى نفس المعنى الذى أُعطى للشخصية القانونية . والواقع أن أهلية الوجوب تختلط بالشخصية ، بل هى الشخص منظوراً اليه من الناحية القانونية . وكل شخص له أهلية وجوب نظراً لأن كان القوانين المعاصرة تعترف للأشخاص جميعاً بالشخصية القانونية ، ذلك أن مناط اكتساب أهلية الوجوب هو قيام الشخصية ، وتدور هذه الأهلية مع الشخصية وجوداً وعدماً ، فتوجد أهلية الوجوب مع بداية الحياة وثبوت الشخصية وتزول بانتهاء الحياة والشخصية . فالقاعدة أن أهلية الوجوب تثبت للشخص

بمجرد تمام ولادته حياً وتنتهي بوفاته . بل ان هذه الأهلية تثبت أيضاً للجنين كما رأينا من قبل .

والأصل أن يتمتع جميع الأشخاص بأهلية وجوب كاملة ، تنطوى على جانبين : جانب ايجابى هو الصلاحية لكسب الحقوق ، وجانب سلبى هو الصلاحية لتحمل الالتزامات : ولكن القانون ، أحياناً يورد بعض القيود على أهلية الوجوب فتصبح ناقصة . ويتحدد نطاق أهلية الوجوب بمقدار ما يمكن أن يكتسبه الشخص من حقوق وما يتحمل به من التزامات . فالجنين له أهلية وجوب ناقصة لأنه لا يصلح إلا لكسب بعض الحقوق ، وهى تلك التى لا يحتاج ثبوتها الى قبول والتى نص عليها القانون . ومن ذلك أيضاً تقييد المشرع أهلية الوجوب بالنسبة لبعض الحقوق السياسية حسب الجنسية أو السن أو فى حالة الحكم على بعض الأشخاص بعقوبات معيّنة . وكذلك حرمان الأجانب من بعض الحقوق المدنية أو حق الملكية العقارية أحياناً كما رأينا بصدد الحالة .

(ب) أهلية الأداء Capacité d'exercice :

هى صلاحية الشخص للتعبير عن ارادته تعبيراً يرتب عليه القانون آثاره القانونية ، فهى تتعلق بالنشاط الارادى للشخصية ، أى قدرة الشخص على انتاج الآثار القانونية فى حق نفسه .

فأهلية الأداء تتمثل فى قدرة الشخص على التعبير عن ارادته تعبيراً يعتد به القانون . فهو يستطيع مباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه . وهى تختلف بذلك عن أهلية الوجوب التى تتمثل ، كما رأينا ، فى مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . أما أهلية الأداء فهى قدرة الشخص على القيام بالأعمال التى يترتب عليها كسب

الحقوق والتحمل بالالتزامات . أى قدرة الشخص على استعمال حقوقه وتنفيذ التزاماته بنفسه ، فهو يستطيع ابرام التصرفات القانونية بوجه عام . فناقص الأهلية يتمتع بأهلية وجوب ويصلح لاكتساب الملكية من عقد البيع الذى يكون فيه مشترياً ، ويقع عليه الالتزام بالنفقة على زوجته وأولاده ، إلا أنه لا يستطيع أن يباشر ذلك إلا من خلال من ينوب عنه حيث لا توجد لديه أهلية الأداء .

(جـ) مناط أهلية الأداء :

إذا كانت أهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن ارادته تعبيراً تترتب عليه آثاره القانونية ، فالشخص لا يكون أهلاً لمباشرة التصرف القانونى إلا إذا توافت لديه الارادة لتفهم ماهية هذا التصرف وما يترتب عليه من نتائج ، وهو ما يتطلب كمال الادراك والتمييز عند الشخص . ولذلك يكون مناط أهلية الأداء هو كمال التمييز والارادة .

ولا تثبت أهلية الأداء لكل الناس بطريقة متساوية بسبب تفاوت الادراك والتمييز لديهم . وتتراوح أهلية الأداء عند الأشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقصان والكمال تبعاً لانعدام أو نقص أو كمال التمييز والارادة ، يكون الشخص كامل الأهلية إذا توافر لديه كمال التمييز ، ويكون عديم الأهلية إذا كان فاقد التمييز ، ويكون ناقص الأهلية إذا كان غير مستكمل للتمييز .

فالقاعدة إذن هى الربط بين الأهلية والتمييز . ولكن المشرع خرج عن هذا الأصل فى حالة استثنائية ، حيث حرم المحكوم عليه بعقوبة الجناية من أهلية الأداء . ولا يرجع فقدان الأهلية هنا الى انعدام التمييز ، وانما هو مقرر كعقوبة اضافية ذات طبيعة خاصة .

المطلب الثانى

التمييز بين الأهلية والنظم المشابهة

(أ) نظام الولاية على المال :

رأينا أن أهلية الأداء تتمثل فى قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ولحسابه ، أما الولاية على المال فتعنى صلاحية الشخص للقيام بأعمال قانونية تتعلق بمال الغير وتنتج أثرها فى حقه ، فتكسبه حقاً أوتحمله بالتزام . هذا الغير المولى عليه يكون عديم أهلية الأداء وناقصها أو به مانع من موانعها ، ومن ثم لا يستطيع القيام بنفسه بابرام التصرفات القانونية لحسابه .

فالولىّ والوصى والقيّم والوكيل تكون لهم الولاية على مال القاصر والمحجور عليه والغائب . وتثبت لكل منهم سلطة القيام بالتصرفات القانونية باسم ولحساب الخاضع للولاية بحيث تنصرف اليه آثارها كما لو كان هو الذى أجراها . فالولاية هى سلطة شرعية تقوم على ترخيص القانون ، فتجعل الشخص صالحاً لأن يعمل عملاً لحساب شخص آخر وينفذ فى حقه .

(ب) عدم قابلية المال للتصرف فيه :

هناك بعض الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل ، كالأشياء العامة أى المملوكة للدولة والمخصصة للنفع العام ، فهذه الأشياء لا يجوز أن تكون محلاً للتعامل ، كبيع أو شراء. ونفس الشىء بالنسبة للأموال الموقوفة . وعدم قابلية المال للتصرف فيه أمر راجع الى طبيعة المال لاعتبارات قررها المشرع تتعلق بالبر أو المصلحة العامة ، ولا يتعلق الأمر بالأهلية من حيث كمالها أو انعدامها .

(جـ) المنع من التصرف :

قد يكون الشخص ممنوعاً من التصرف بمقتضى شرط مانع ورد في التصرف القانوني الذى نقل اليه ملكية الشيء[1] ، كما لو اشترط الشخص في عقد هبة أو في وصية عدم التصرف في المال الموهوب أو الموصى به خلال مدة معيّنة تحقيقاً لمصلحة مشروعة ، فيمتنع على الموهوب له أو الموصى له أن يتصرف في المال طوال هذه المدة . والمنع من التصرف لا يؤثر على أهلية المالك وانما قصد به تحقيق مصلحة مشروعة خلال مدة معقولة من الزمن .

(د) المنع من الشراء :

يخطر القانون على بعض الطوائف شراء أموال معيّنة ، مثال ذلك حرمان القضاة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع عليها متى كان النظر في النزاع القائم بشأنها يدخل في اختصاص المحاكم التى يباشرون أعمالهم في دائرتها . وحرمان النائب أو الوكيل من شراء الشيء المعهود اليه ببيعه[2] . والمنع من الشراء هنا لا يؤثرعلى أهلية الشخص ، وانما فرضه القانون لاعتبارات تتعلق بنزاهة وسمعة القضاء ، وحماية مصلحة الأصيل في مواجهة الوكيل .

---

(١) م ٨٢٣ : ٨٢٤ مدنى .

(٢) م ٤٧١ ، ٤٧٢ ، ٤٧٩ ، ٤٨٠ مدنى .

المطلب الثالث

أهلية الأداء والتصرف القانوني

(أ) اقتصار أهلية الأداء على التصرفات القانونية :

تنقسم الأعمال التى تصدر عن الانسان الى أعمال مادية وتصرفات قانونية . فالعمل المادى قد يرتب القانون عليه آثاراً معيّنة ، سواء قصدت ارادة فاعله الى ترتيب هذه الآثار أو لم تقصد ، وسواء وقع هذا العمل بارادة الانسان أو بدون قصد منه . فالقانون هو الذى يستقل بترتيب آثار الأعمال المادية دون أن يتوقف ذلك على ارادة الشخص الصادر منه هذا العمل . يلزم القانون مرتكب الفعل الضار بتعويض المضرور، سواء ترتب الضرر عن عمد أو بدون قصد ممن وقع منه .

أما التصرف القانونى فهو اتجاه الارادة الى احداث أثر قانونى معيّن ، ويتحقق هذا الأثر بارادة الشخص مباشرة ، فلا بد من الارادة لانشاء التصرف وترتيب آثاره ، سواء أكان التصرف بالارادة المنفردة كالوصية أم بارادتين كالعقود المختلفة مثل البيع والايجار . ففى الوصية تتجه ارادة الموصى نحو تمليك الشىء الموصى به الى الموصى له تبرعاً . وفى عقد البيع تتجه ارادة البائع نحو نقل ملكية المبيع الى المشترى ، كما تتجه ارادة المشترى نحو دفع الثمن الى البائع .

ولما كانت أهلية الأداء هى قدرة الشخص على النشاط الارادى الذى يعتد به القانون ، فإن هذه الأهلية لا تلزم إلا فى التصرفات القانونية حيث يكون للشخص سلطة توليد الآثار القانونية بارادته مباشرة . أما الأعمال المادية ، فلا يتصوّر القول بوجود أهلية الأداء بشأنها لأن القانون هو الذى يرتب

الآثار عليها دون اعتداد بارادة فاعلها واختياره ، ولا تلزم تلك الأهلية لترتيب هذه الآثار .

(ب) تقسيم التصرفات القانونية من حيث أهلية الأداء :

تنقسم التصرفات الى أنواع ثلاثة :

أولاً : تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، وهى التى ترتب اثراء من يباشرها دون مقابل يعطيه ، وتشمل أعمال الاغتناء ، كقبول الهبة .

ثانياً : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، وتقوم على احتمال الكسب والخسارة لأنها تقوم على تقابل بين أخذ وعطاء ، وتشمل أعمال التصرف وأعمال الادارة . ويراد بأعمال التصرف تلك التى يقصد بها خروج مال من الذمة أو تقرير حق عينى على شىء كالبيع . أما أعمال الادارة فيقصد بها استغلال الشىء واستثماره دون المساس بأصله كالايجار.

وسنرى حكم هذه التصرفات على ضوء أهلية الأداء ، ونكتفى هنا بالاشارة الى أن الشخص كامل الأهلية يصلح لمباشرة جميع التصرفات القانونية بنفسه . وإذا كان الشخص عديم الأهلية ، فإنه لا يصلح لمباشرة أى من هذه التصرفات . وإذا كان ناقص الأهلية ، جاز له مباشرة النافع منها نفعاً محضاً ، وامتنع عليه مطلقاً مباشرة الضار منها ضرراً محضاً ، وتخضع مباشرته للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر لأحكام تكفل حمايته .

المطلب الرابع

اثبات الأهلية وتعلق أحكامها بالنظام العام

(أ) تعلق أحكام الأهلية بالنظام العام :

تتعلق أحكام الأهلية بالنظام العام . وينطبق ذلك على كافة القواعد المنظمة للأهلية ، وتتعلق بتحديد من يعتبر كامل الأهلية أو ناقصها أو معدومها ، وبيان حكم تصرفات ناقصى الأهلية وعديميها ، وتحديد سلطة الأولياء على أموالهم (١).

---

(١) لذلك أوجب المشرع تدخل النيابة العامة فى القضايا الخاصة بالقصّر .

إذ كان هدف الشارع من تدخل النيابة العامة فى القضايا الخاصة بالقصّر هو رعاية مصلحتهم . فإن البطلان المترتب على إغفال كاتب المحكمة اخبار النيابة بهذه القضايا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يكون باطلاً بطلاناً نسبياً مقرراً لمصلحة القصّر ، فيتعيّن التمسك به أمام محكمة الموضوع ، فإذا فاتهم ذلك فلا يجوز لهم التحدى به أمام محكمة النقض . (نقض ١٩/٤/١٩٨١ س٣٢ ص١٠٨٥).

متى كان النزاع فى مواد الولاية على المال - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - له ذاتية مستقلة تنطوى على معنى الحسبة حفاظاً على أموال عديمى الأهلية أو ناقصيها ، وكان المشرع قد جعل من النيابة العامة جهة لتلقى التبليغات فى شأن هؤلاء وخوّلها سلطة اجراء التحقيق فيها ورفع الأمر الى القاضى للتقرير بما يستوجبه القانون من تدابير للمحافظة على أموالهم ، فإنه لا مجال لتحرى المصلحة فيمن يتقدم بهذه التبليغات طالما ان النيابة هى التى باشرت رفع الطلب الى المحكمة .

ولكن هذا التدخل غير واجب بالنسبة للأهلية فى التعاقد فمفاد نص المادة الأولى من القانون ٦٨٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن بعض الاجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف والمادة ٣/٨٨ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن تدخل النيابة يكون واجباً عند نظر النزاع كلما كانت القضية تتعلق بالأحوال الشخصية ما تختص بنظرها المحاكم الابتدائية طبقاً للقانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالغاء المحاكم الشرعية والملية وإلا كان الحكم الصادر فيها باطلاً يستوى فى ذلك أن تكون الدعوى أصلاً من دعاوى الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الابتدائية أو تكون قد رفعت =

فليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها[1].
ولا يجوز الاتفاق على الحد من أهلية الشخص أو حرمانه منها أو الاقرار بأهلية معدومة أو التوسعة فى أهلية محددة . ويقع باطلاً كل اتفاق على تعديل أحكام الأهلية . فإذا باع القاصر عقاراً وتعهد للمشترى بعدم المطالبة بابطال البيع بعد بلوغه سن الرشد كان هذا التعهد باطلاً . وإذا اتفق شخص كامل الأهلية مع آخر على النزول عن أهليته فى التصرف فى ما له كان هذا النزول باطلاً .

(ب) الأصل فى الشخص أن يكون كامل الأهلية :

الأصل فى الشخص أن يكون كامل الأهلية ، ولا يُعتبر الشخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بمقتضى نص فى القانون . فكل شخص أهل للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يُحد منها بحكم القانون[2] .

يتضح من ذلك أن كمال الأهلية لدى المتعاقد هو الوضع الظاهر فيما يتعلق بعبء الاثبات . وعلى من يدعى عدم الأهلية اثبات ذلك . ويكفى اثبات أن التصرف قد صدر من الشخص وهو صغير غير مميّز أو مجنون ، هنا تقوم قرينة قانونية قاطعة على انعدام الأهلية لديه . ويقع التصرف باطلاً .

باعتبارها دعوى مدنية أثيرت فيها مسألة تتعلق بالأحوال الشخصية إلا أن ذلك مشروط وعلى ما سلف بيانه أن تكون المسألة المعروضة مما كانت تختص بنظرها محاكم الأحوال الشخصية طبقاً للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وإذ كانت الأهلية فى التعاقد وإن عدت من مسائل الأحوال إلا أنها لم تكن من اختصاص المحاكم الشرعية وإنما اختص القاضى المدنى بالفصل فيها بصفة أصلية ... ومن ثم لا محل معه لوجوب تدخل النيابة فى الدعوى (نقض ١٩٩٠/١٢/٣٠ طعن ٢٠٥٣ س٥٨) .

(١) م ٤٨ مدنى .

(٢) م ١٠٩ مدنى .

وينبغى على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهليته للاطمئنان على صحة العقد وإلا فعليه أن يتحمل تبعة إهماله وتقصيره .

وإذا لجأ ناقص الأهلية الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته فإن ذلك يعد عملاً غيرمشروع يستوجب الزامه بتعويض الطرف المتعاقد معه عن الأضرار التى تصيبه من جراء ذلك . ولا يكفى مجرد الكذب بل ينبغى توافر طرق احتيالية كتقديم شهادة ميلاد مزورة ، لاثبات بلوغ سن الرشد . والمطالبة بالتعويض لا تهدر حق ناقص الأهلية فى طلب ابطال العقد(١) . إلا أن القاضى قد يرى الابقاء على العقد كخير وسيلة للتعويض . والزام ناقص الأهلية ، فى هذه الحالة ، بما تعهد به يكون بمثابة تعويض عن الضرر الذى سببه عمله غير المشروع ، ولا يكون أساسه العقد .

المبحث الثانى

أحكام أهلية الأداء

تتدرج أهلية الأداء مع تدرج التمييز تبعاً للسن . وقد يطرأ على الانسان بعد بلوغ سن الرشد ، عارض يعدمه التمييز أو ينتقص منه . وقد يكون الانسان كامل الأهلية ويقوم لديه ،

---

(١) م ١١٩ مدنى . مفاد نص المادة ١١٩ من القانون المدنى أنه إذا لجأ ناقص الأهلية الى طرق احتيالية لاخفاء أهليته ، فإنه وإن كان يجوز ابطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن تعويض الغش الذى صدر منه عملاً بقواعد المسئولية التقصيرية ولا يكفى فى هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية لتأكيد كمال أهليته .

(نقض ١٩٧٠/٣/٣ س٢١ ص ٣٩٩)

مع ذلك ، مانع يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية أو بعضها .

يتضح من ذلك وجود عوامل ثلاثة تتأثر بها الأهلية هى : تدرج الأهلية بحسب السن ، عوارض الأهلية ، موانع الأهلية . نعرِض لها على التوالى .

المطلب الأول

تدرج الأهلية بحسب السن

تنقسم حياة الانسان ، بالنسبة للأهلية ، الى مراحل ثلاث : الأولى من وقت الولادة الى سن التمييز ، يكون الانسان فيها معدوم الأهلية . الثانية من سن التمييز الى سن الرشد ، يكون الانسان فيها ناقص الأهلية . الثالثة من سن الرشد الى الموت ، يكون الانسان فيها كامل الأهلية .

الفرع الأول

انعدام الأهلية (الصبي غير المميز)

تبدأ هذه المرحلة بالميلاد وتنتهى ببلوغ سن التمييز وهو سبع سنوات . يولد الطفل وتثبت له الشخصية القانونية وأهلية الوجوب ، ولكن لا تثبت له أهلية الأداء لانعدام الادراك والتمييز لديه . ففى هذه الفترة يكون الصغير فاقد التمييز وتنعدم أهلية الأداء لديه تماماً .

والصغير دون السابعة يكون عديم الأهلية ولا يصلح لمباشرة أى تصرف من التصرفات القانونية ، سواء كانت هذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو

دائرة بين النفع والضرر . فيكون الصبى غير أهل لقبول الهبة أو مباشرة البيع أو الايجار أو غيرها .

وإذا باشر الصبى غير المميّز أى تصرف من التصرفات فإنه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ولا يترتب عليه أى أثر ، ويعتبر كأن لم يكن . ويستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه حتى ولو لمْ يكن طرفاً فى التصرف . ويجوز التمسك بالبطلان من قِبَل كل من الولى والوصى أو المتعاقد مع الصغير ، بل والصغير نفسه بعد اكتمال أهليته . ويجب على المحكمة أن تقضى ببطلان التصرف من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشأن . ويظل التصرف باطلاً لا تصححه أية اجازة لاحقة من الولى أو من الوصى أو حتى من الصغير بعد بلوغ سن الرشد .

ونظراً لأن الصبى غير المميّز لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية (١)، فإن من يمثله قانوناً ، وهو الولىّ أو الوصى ، هو الذى يتولى عنه ذلك . إذ تثبت الولاية على مال الصغير لوليه (وهو الأب أو الجد الصحيح) أو الوصى عليه .

ويلاحظ أن المشرع عندما يقرر بأن الصبى دون السابعة يكون فاقد التمييز ، انما يقيم قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس . فلا يجوز اثبات أن الصغير قد أدرك التمييز قبل هذه السن ، بهدف اجازة بعض أعماله . ويفترض المشرع أن من بلغ سن السابعة يُعتبر مميّزاً ، ولكن يجوز اثبات انعدام التمييز عنده ، وهنا يقع التصرف الذى يبرمه باطلاً بطلاناً مطلقاً لأن ارادته تكون معدومة آنذاك .

---

(١) م ٤٥ مدنى .

الفرع الثانى

نقص الأهلية (الصبي المميز)

تبدأ هذه المرحلة ببلوغ الصبى سن التمييز وتنتهى ببلوغ سن الرشد . يعتبر الصبى مميزاً إذا بلغ سن السابعة. وتكون له أهلية أداء ناقصة . يظل الصبى المميّز ناقص الأهلية حتى بلوغه سن الرشد (٢١ سنة) .

ما هو حكم التصرفات التى يجريها الصبى فى هذه المرحلة ؟ هناك قاعدة ترد عليها عدة استثناءات ، نعرض لها على التوالى .

(أ) القاعدة العامة بالنسبة لتصرفات ناقص الأهلية :

يختلف حكم تصرفات الصبى المميّز بحسب نوع التصرف الذى يجريه(١):

١- بالنسبة للتصرفات النافعة نفعاً محضاً ، كقبول الهبة ، فإنها تقع صحيحة إذا قام بها القاصر المميّز دون حاجة الى اجازة من وليّه أو وصيه . إذ تكون له أهلية أداء كاملة بالنسبة اليها ، شأنه فى ذلك شأن البالغ الرشيد . ومن أمثلة هذه التصرفات كذلك قبول الاشتراط المقرر لمصلحته فى عقد التأمين بدون مقابل ، وقبول الابراء من دين عليه، وقبول الوصية.

٢- بالنسبة للتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، تعد باطلة بطلاناً مطلقاً إذا باشرها ناقص الأهلية ، أى تعتبر كأن لم تكن ولا يترتب عليها أى أثر ، لأنه يعتبر عديم الأهلية فى

---

(١) م ٤٦ ، ١١١ مدنى .

شأن هذه التصرفات ، وهى لا تقبل الاجازة من الولىّ أو الوصى أو من الصغير بعد اكتمال أهليته . ويجب على المحكمة أن تقضي ببطلانها من تلقاء نفسها إذا عرض عليها الأمر ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشأن(١) .

٣- بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع(٢) والايجار والقسمة فإنها تكون قابلة للابطال ، أى باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر الذى قام بها ، بمعنى أنها تكون صحيحة ولكن يمكن طلب ابطالها من الولىّ أو

---

(١) يعتبر اقرار الصبى المميّز بمحضر صلح تصرفاً باطلاً . ولا تسقط الدعوى ببطلانه إلا بمضى خمسة عشرة سنة منذ صدوره فيما لو اعتبر ضاراً به ضرراً محضاً . نقض ١٢/١٢/١٩٦٧ س١٨ ص ١٨٦٦ . النص فى المادة ١٤٠ من القانون المدنى يدل على أنه فى العقد القابل للابطال يسقط الحق فى طلب إبطاله بانقضاء مدة ثلاث سنوات دون التمسك به من صاحبه . ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يستكمل فيه ناقص الأهلية أهليته .

(نقض ٢٩/١٢/١٩٨٩ طعن ١٤٣٩ س٥١ ق) .

مؤدى أحكام المادة ١٤٠ من القانون المدنى أن حق القاصر فى ابطال بيع عقار له دون إذن محكمة الأحوال الشخصية يسقط بانقضاء ثلاث سنوات على تاريخ بلوغه سن الرشد وهو زوال نقص أهليته دون التمسك بهذا الابطال .

(الطعن ١١٧٨ س٠ ق جلسة ١٧/٥/١٩٨٤)

(٢) والجدير بالذكر أنه يجوز التمسك بالغبن لتكملة الثمن فى بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية . مفاد النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ من القانون المدنى أنه يشترط للتمسك بالغبن فى البيع وفقاً له أن يكون مالك العقار المبيع غير كامل الأهلية سواء أكان فاقد الأهلية أو كان ناقصها وقت البيع ، وأن هذا الدفع فيما لو ثبت صحته وتوافرت شروطه لا يؤدى الى ابطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن ، وينبنى على ذلك ألا يكون مقبولاً ممن هو كامل الأهلية التمسك بابطال عقد البيع تطبيقاً لهذا النص وإنما يجوز له طلب الابطال إذا كان المتعاقد معه قد استغل فيه طيشاً بيّناً أو هوى جامحاً دفعه الى التعاقد وأوقع به الغبن إعمالاً لنص المادة ١٢٩ من القانون المدنى .

(الطعن ٣٤٥ لسنة ٥٤ق جلسة ٢٤/١١/١٩٨٨) .

الوصى أو من القاصر نفسه بعد بلوغ سن الرشد . حيث يترتب على التصرف جميع آثاره القانونية الى أن يُقضى ببطلانه . وليس للمحكمة أن تحكم بالابطال من تلقاء نفسها بل لا بد من أن يتمسك به صاحب المصلحة . فإذا طلب الابطال ، وقضى به ، أُعتبر التصرف كأن لم يكن . ويزول حق التمسك بالابطال إذا أجيز التصرف من الولىّ أو من الوصى أو من المحكمة طبقاً للقانون ، أو من القاصر بعد بلوغه سن الرشد ، ويصبح التصرف صحيحاً ، فى هذه الحالة ، بصفة نهائية .

ولا يبطل تصرف القاصر إلا بحكم من المحكمة أو بالتراضى عليه بين ذوى المصلحة . ويترتب على البطلان زوال التصرف ومحو آثاره بالنسبة للماضى والمستقبل . ويكون للقاصر الحق فى استرداد ما دفعه . ولا يستطيع المتعاقد مع القاصر أن يسترد منه إلا مقدار ما عاد من منفعة على القاصر بسبب تنفيذ العقد[١] . ولا يشترط لطلب ابطال التصرف أن يكون المتعاقد مع القاصر عالماً أو غير عالم بنقص أهليته . ولكن يجوز لهذا المتعاقد مطالبة القاصر بالتعويض إذا كان قد لجأ الى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته . كما لا يشترط لابطال تصرف القاصر أن يكون قد لحقه ضرر من التصرف أو أصابه منه غبن ، فمجرد القصر كافٍ لقبول دعوى الابطال حتى لو تجرد التصرف من أى غبن ومهما كان شأن إفادة القاصر مما قبض من ثمن (٢).

---

(١) م ٢/١٤٣ مدنى .

(٢) ثبوت القصر عند التعاقد كافٍ لقبول دعوى الابطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أى غبن مهما كان مقدار افادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر وأخفى عليه حالته عنه أو ادعى كذباً =

وينتقل حق طلب الابطال بعد وفاة القاصر لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه ، ذلك أننا بصدد تصرف مالى وليس حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته(١) .

(ب) الاستثناءات الخاصة بتصرفات الصبى المميز :

أورد المشرع عدة استثناءات على القاعدة العامة السابقة التى تحكم تصرفات الصبى المميّز . هناك عدة حالات يأخذ فيها ناقص الأهلية حكم من اكتملت أهليته بالنسبة لبعض أنواع التصرفات ، وردت هذه الحالات على سبيل الحصر(٢):

١- أهلية التصرف فى المال المخصص لأغراض النفقة : يكون للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط . يعتبر الصبى المميّز ابتداء من سن السابعة كامل الأهلية بالنسبة لما يوضع من مال تحت تصرفه لأغراض نفقته ، فيستطيع ، مثلاً ، شراء ما يحتاج اليه من غذاء وكسوة ، وما يلزم

= بلوغه سن الرشد ، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم بحالة القصر أو يجهلها . (نقض ١٩٨٠/٣/١٢ س٣١ ص ٨٠٦).

(١) نقض ١٩٥٧/٣/٢٧ س٩ ص١٦١.

(٢) م ٥٧ : ٦٣ من قانون الولاية على المال .

والجدير بالذكر أن القاصر يمكن أن يكون وكيلاً عن غيره . تقرر محكمة النقض بأنه :

إن كانت أهلية التصرف القانونى محل الوكالة يجب أن تتوافر فى الموكل فإنه لا يجب توافرها فى الوكيل لأن أثر هذا التصرف لا ينصرف اليه بل ينصرف الى الموكل ، فيجوز توكيل القاصر فى تصرف لا أهلية له فيه . إذ يكفى أن يكون الوكيل مميزاً مادام يعمل باسم موكله لا باسمه الشخصى . (نقض ١٩٨١/١/١٧ س٣٢ ص٢١٩) .

لدراسته . ولا يحتاج فى هذا الشأن الى اجازة أحد . ولاتكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة إلا فى حدود الأموال المخصصة لها .

أراد المشرع بذلك الحكم التوفيق بين القواعد العامة التى تقضى بقابلية تصرفات ناقص الأهلية للبطلان وبين الضرورات العملية التى تجعل ناقص الأهلية مسلطاً بحكم الواقع على مال يتعامل الناس فى حدوده وكلهم مطمئن الى سلامة هذا التعامل . واستجابة لأغراض جديرة بالرعاية . فللقاصر أهلية محدودة تقتصر على ما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . وعلى هذا النحو يكون القاصر فى حدود هذا المال أهلاً للادارة والتصرف وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة ، والمرجع فى تعيين تلك الحدود هو ما جرت به العادة مع الاعتداد بظروف الأشخاص أو بيئتهم الاجتماعية .

٢- أهلية ابرام عقد العمل الفردى : للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقاً لأحكام القانون (١). ولكن يجوز للمحكمة ، بناء على طلب الوصى أو ذوى الشأن ، أن تأمر بانهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لأى مصلحة أخرى ظاهرة ، كما لو كان مريضاً أو كان فى استعداده ما ينبئ بمستقبل أفضل فيما لو انصرف الى تحصيل العلم أو الاشتغال بفن من الفنون وكما لو كان للقاصر مجال فى أن يحسّن أجره ومركزه إذا اشتغل بمهنة أخرى .

---

(١) يكون القاصر ، كقاعدة عامة ، أهلاً لابرام عقد العمل عند بلوغه سن اربعة عشر عاماً (م٦٤ من قانون الطفل رقم ١٩٩٦/١٢) .

٣ - **أهلية التصرف فى الكسب الناتج عن العمل:** يكون للقاصر الذى بلغ سن السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكتسبه من عمله من أجر أو غيره . والجوهرى فى تقرير هذا النوع من الأهلية المحددة هو تقدير مكانة العمل ، وايثار العاملين بمزايا ، ينطوى على معنى التشجيع والمكافأة. وتثبت هذه الأهلية بقوة القانون دون حاجة الى اذن أو تصريح طالما كان للقاصر كسب خاص نتيجة عمله ، فيكون تصرفه فى هذا الكسب صحيحاً دون توقف على اجازة أحد . وينطبق ذلك على كافة التصرفات حتى لو كانت تبرعية . ويستوى أن يبرم التصرف بنفسه أو عن طريق من ينوب عنه .

ولكن لا يجوز أن يتعدى التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته . فلا تكون الالتزامات الناشئة عن تصرفات القاصر مضمونة إلا فى حدود هذا المال ، ولا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

ويجوز للمحكمة أن تقيّد حق القاصر فى التصرف فى ماله الذى يكسبه من عمله إذا اقتضت مصلحته ذلك ، وعندئذ تطبق عليه أحكام الولاية والوصاية لأن من الحالات ما ينكشف فيه الأمر عن قصور تجربة القاصر أو ميله الى الاسراف أو ضخامة ما يكسبه على نحو يغرى بالانسياق وراء التوسع فى الانفاق ، كما لو كان يحصل على دخل من استغلال مواهبه فى الأفلام .

٤- **أهلية التصرف فى المهر والنفقة :** إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذناً له فى التصرف فى المهر والنفقة . ومن المقرر أن سن الزواج يجب ألا تقل عن ١٨ سنة للزوج و١٦ سنة للزوجة ، ومن ثم فإن المحكمة لن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن . يصبح

القاصر ، بعد الاذن ، كامل الأهلية فى التصرف فى المهر والنفقة . يستطيع الزوج اعطاء المهر لزوجته والتصرف فى ماله للنفقة عليها . وتستطيع الزوجة التصرف فى المهر كأن تشترى جهازها منه ، وأن تنفق النفقة فى شئون معاشها يستوى فى ذلك النفقة التى تحصل عليها بالتراضى أو بحكم من المحكمة . ويمتد الاذن ليشمل كافة أنواع التصرفات بما فى ذلك الابراء والصلح والتحكيم .

ويجوز للمحكمة ، عند اذنها للقاصر بالزواج أو عند رفع الأمر اليها بعد ذلك ، أن تقرر اضافة بعض أو كل المهر أو النفقة الى أموال القاصر المشمولة بالوصاية إذا اقتضت مصلحته ذلك ، كما لو كان مبلغ المهر أو النفقة كبيراً وكانت الظروف توحى بميل القاصر الى التبذير والاسراف .

٥- **أهلية الاتجار :** لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك إذناً مطلقاً أو مقيّداً . ولا يكفى الحصول على اذن الولى أو الوصى .

يُعتبر القاصر أهلاً للقيام بالتجارة التى تأذن المحكمة بمباشرتها ، حيث يجوز أن يكون الاذن عاماً ، أو مقيّداً بتجارة معيّنة أو بعمل تجارى منفرد أو بمبلغ محدد . ويكون للقاصى ابرام كافة التصرفات المتعلقة بتجارته ، كالبيع والشراء والتحكيم والتقاضى ، ويسرى التقادم فى مواجهته ، ولا يستفيد من قواعد الغبن المقررة لمصلحة القاصر.

٦- **أهلية الايصاء :** يجوز للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة أن يبرم وصية ، بشرط حصوله على اذن المحكمة. وبغير هذا الاذن تكون الوصية التى يبرمها القاصر البالغ ١٨ سنة باطلة بطلاناً نسبياً وتتأكد صحتها إذا أجازتها المحكمة أو

أجازها القاصر بعد بلوغه سن الرشد (١) .

٧- **أهلية الادارة :** يجوز الاذن للقاصر البالغ سن ١٨ سنة فى تسلم كل أو بعض أمواله لادارتها . وهذا الاذن قد يصدر من الولىّ . ويتم ذلك باشهاد لدى الموثق . وقد يصدر من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى إذا كان القاصر مشمولاً بالوصاية .

والاذن الصادر إما يشمل كل أموال القاصر أو بعضها ، ولكنه يقتصر على منحه أهلية الادارة ، فيعتبر كامل الأهلية بالنسبة لأعمال الادارة ، وتدخل فى مفهوم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، وتتعلق بصفة عامة بحفظ المال واستغلاله عن طريق تأجيره مثلاً ، ولكنه لا يملك التصرف فى هذا المال ، إلا أنه يستطيع ابرام أعمال التصرف التى تستلزمها ادارة المال كبيع المحصول وشراء البذور ، ويدخل فى ذلك ابرام العقود اللازمة كاستخدام العمال ودفع أجورهم.

ويقيّد المشرع ، أحياناً ، أهلية القاصر فى الادارة . فلا يجوز له مثلاً أن يؤجر الأرض الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة ، ويترتب على ذلك عدم جواز ابرامه عقود ايجار تخضع للامتداد القانونى لمدد غير معيّنة لمصلحة المستأجر . وليس له أن يفى بديون لا تترتب على أعمال الادارة المصرح بها ولو كانت هذه الديون ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فى حدود سلطاته . ولا يجوز للقاصر أن يتصرف فى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ولمن تلزمه نفقتهم قانوناً . ولكن يجوز للقاصر القيام بهذه الأعمال بعد الحصول على إذن من الولىّ أو الوصى أو المحكمة.

---

(١) م ٥ من القانون ١٩٤٦/٧١.

وللولىّ الحق فى سحب الاذن الذى منحه للقاصر بالادارة، أو الحد من هذا الاذن ، ويكون ذلك باشهاد رسمى لدى الموثق . ويجب على القاصر أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى . وللمحكمة أن تأمر بايداع المتوفر من دخله احدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها . وإذا قصر المأذون له فى الادارة في تقديم الحساب أو أساء التصرف فى ادارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الاذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله . وللمحكمة أن ترد الاذن أو ترفع عنه القيود التى وضعتها متى زالت الأسباب التى دعتها الى اتخاذ هذا الاجراء.

وإذا سلبت المحكمة الاذن بالادارة أو قيّدته فلا يكون لذلك أثر رجعى ، وتظل التصرفات التى صدرت من القاصر فى الفترة بين منح الاذن وسلبه أو تقييده صحيحة وملزمة له . ولا يكون قرار المحكمة بسلب الاذن فى الادارة أو الحد منه حجة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل القرار لأن المقصود من التسجيل تحقيق الشهر والعلانية .

الفرع الثالث

كمال الأهلية (البالغ الرشيد)

إذا بلغ الشخص سن الرشد صار كامل الأهلية - لمباشرة حقوقه المدنية ، ويستطيع القيام بكل أنواع التصرفات القانونية بنفسه وتصدر عنه صحيحة ، سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً ، أم ضارة ضرراً محضاً ، أم دائرة

بين النفع والضرر . ويسرى ذلك بالنسبة لكافة المعاملات المدنية والتجارية .

ولا يكفى لتحقق كمال الأهلية بلوغ سن الرشد ، بل ينبغى أن يكون الشخص حين يبلغ هذه السن ، متمتعاً بقواه العقلية . فإذا ثبت أن القاصر قد بلغ سن الرشد وهو غير متمتع بقواه العقلية ، بسبب اصابته بعارض يفقده عقله كالجنون والعته ، أو يخلّ بتدبيره وتقديره كالسفه والغفلة ، فللمحكمة أن تقرر ، بناء على طلب الولىّ أو الوصى ، استمرار الولاية أو الوصاية عليه الى ما بعد بلوغ هذه السن .

مؤدى ذلك أنه يترتب على بلوغ سن الرشد اكتمال الأهلية وانتهاء الولاية أو الوصاية على المال بقوة القانون (١) ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه لعدم تمتعه بقواه العقلية ، فيظل خاضعاً للولاية أو الوصاية ، فإذا أنس الولىّ فى الصغير عارضاً من العوارض التى تحول دون كمال الأهلية عند بلوغ السن المقررة فى القانون ، وأن القاصر غير جدير بتسلم أمواله أنذاك لأنه سيبلغ غير رشيد ، فله أن يطلب من المحكمة استمرار الولاية عليه الى ما بعد بلوغه هذه السن . ومتى استوثقت المحكمة من قيام العارض أو شاطرت الولىّ رأيه فى عدم ايناس الرشد قضت باستمرار الولاية أو الوصاية قبل بلوغ الصغير سن الرشد ، وفى هذه الحالة تظل الولاية قائمة الى أن يزول سبب استمرارها بقرار من القضاء .

---

(١) متى بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة دون أن يُحكم قبل بلوغه هذا السن باستمرار الوصاية عليه أصبح رشيداً ، وثبتت له الأهلية كاملة بحكم القانون دون ما حاجة الى حكم من المحكمة بذلك . (نقض ١٢/٣/١٩٨١ س٣٢ ص ٧٨٦) .

وقد يبلغ الشخص سن الرشد وهو لا يتمتع بقواه العقلية ، دون أن يصدر حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، وهذا فرض متصوّر إذا لم يقم الولىّ أو الوصى بطلب خضوع القاصر للولاية أو الوصاية . هنا ترفع الولاية بقوة القانون . وليس هناك من سبيل لرعاية مصالح هذا الشخص، متى قام به سبب من أسباب الحد من الأهلية ، أى متى وجد عارض من عوارضها ، ولو كان سابقاً على البلوغ ، إلا باتخاذ اجراءات الحجر وتعيين قيّم عليه يتولى شئونه . ولكن الولاية لا تعود عندئذ .

المطلب الثانى
عوارض الأهلية

تمهيد :

إذا بلغ الشخص سن الرشد متمتعاً بكل قواه العقلية صار كامل الأهلية . والأصل أن يستمر كمال أهليته حتى انتهاء شخصيته بالوفاة . ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض يعدم تمييزه وارادته ، كالجنون والعته ، فيعتبره القانون عندئذ فى حكم عديم الأهلية . وقد يطرأ عليه عارض يخل بحسن تدبيره وبصيرته وحكمه على الأمور ، كالسفه والغفلة ، فيعتبره القانون عندئذ فى حكم ناقص الأهلية .

يتضح من ذلك أن عوارض الأهلية هى أمور تعرض

= ويستطيع إجازة التصرفات القابلة للابطال التى أبرمها وهو ناقص الأهلية ، فتصبح هذه التصرفات صحيحة . ومن المقرر أن إجازة التعاقد الباطل باعتباره تصرفاً قانونياً يتضمن إسقاطاً لحق ، لا يملكها ناقص الأهلية . (نقض ١٩٨٠/٣/١٢ س٣١ ص ١٠٦) .

للشخص فتؤثر على التمييز عنده ، وبالتالى على أهليته . فالأهلية تتأثر بما يصيب الشخص من عاهة فى عقله تعدم تمييزه كالجنون والعته ، أو عاهة فى العقل تصيب الشخص فى تقديره وتدبيره كالسفه والغفلة . وقد تقوم هذه العوارض لدى الشخص قبل بلوغه سن الرشد فتؤدى الى الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وقد تطرأ بعد بلوغ الشخص سن الرشد فتعدم أهليته أو تنقص منها . هنا يتم الحجر على مثل هذا الشخص وتعيّن له المحكمة قيّماً يباشر عنه تصرفاته .

الفرع الأول

الجنون والعته

(أ) المقصود بالجنون والعته :

الجنون مرض يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز أو هو اضطراب يؤدى الى عدم انتظام قوى العقل واختلال توازنه على نحو يؤدى الى انعدام الادراك والتمييز لدى صاحبه(١) .

أما العته فضعف فى العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام وتدبيره فاسد ، فالعته خلل يعترى العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون ، بحيث يصبح معه المريض مشوش الفكر غير قادر على تدبير أموره أو تقديرها التقدير السليم .

---

(١) المجنون فى فقه الشريعة الاسلامية من أصيب باختلال فى العقل يفقده الادراك تماماً وتكون حالته حالة اضطراب ، وحكمه أن تصرفاته القولية تكون باطلة بطلاناً كلياً فلا تصح له عبارة أصلاً ولا ينبنى عليها أى حكم من الأحكام .

(نقض ١٩٨١/٦/٢٣ س٣٢ ص١٩٠٧) .

يقتصر العته ، غالباً ، على الانتقاص من الادراك والتمييز دون أن يعدمه (١).

تفُرّق الشريعة الاسلامية بين المجنون والمعتوه . فالجنون هو اختلال العقل ويصاحبه اضطراب وهيجان ، أما العته فهو ضعف العقل ويلازمه الهدوء . وهناك نوعان من **الجنون** : المطبق أى الدائم المستمر ويؤدى الى فقد الأهلية وتكون تصرفاته لاغية لا قيمة لها . أما الجنون المتقطع فتتخلله فترات افاقة ، وتعد التصرفات فى حالة الافاقة صحيحة كالعاقل تماماً . وينقسم العته هو الآخر الى نوعين : نوع يعدم الادراك والتمييز فيعتبر المصاب به كالمجنون تماماً ، ونوع ينقص التمييز ، ولا يؤدى ، بالتالى ، إلا الى نقص الأهلية .

لم يأخذ المشرع بالتفرقة السابقة ، وسوى فى الحكم بين الجنون والعته بأنواعهما المختلفة ، واعتبر كل من المجنون والمعتوه عديم الأهلية كالصبى المميّز ، وحسناً فعل لأن ذلك ادعى للحسم والقطع فى أمر كهذا يستعصى على الاثبات ويفتح الباب واسعاً لكثير من المنازعات .

---

(١) العته آفة تصيب العقل فتعيبه.وتنقص من كماله ، والمرجع فى ذلك وعلى ما أوردته المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال – هو خبرة المختصين فى الآفات العقلية وشواهد الحال ، إذ كان ذلك وكان ما يعنى محكمة الولاية على المال وهى بسبيل بحث طلب الحجر هو التحقق من قيام عارض من عوارض الأهلية يستوجبه ، وفى نسبة العته الى شخص بعينه تنحصر مهمتها فى تمحيص مدى تأثير هذا المرض على أهليته بما لا يمكنه معه من أن يستبين وجه المصلحة فيما يبرمه من تصرفات وفى إدارته لأمواله وفى فهمه للمسائل المالية الخاصة به ، وهى فى هذا الشأن لها مطلق الحرية فى تقدير قيام حالة العته باعتبارها تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى فلا تخضع فى قضائها هذا لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغاً .

(نقض ١٩٧٧/١/٥ س٢٨ ص ١٨٩) .

(ب) اثبات وتقدير قيام حالة الجنون والعته :

يرجع فى تحديد مدى اصابة الشخص بالجنون أو العته الى ما يكون بادياً عليه من شواهد تقطع باصابته بأى من هاتين الآفتين ، كما أنه يستفاد أيضاً بخبرة المختصين فى الأمراض العقلية . وينبغى للنيابة العامة وللمحكمة أن تندب خبيراً مختصاً لتوقيع الكشف وبيان مدى اصابة المطلوب الحجر عليه بهذه الأمراض .

ويجب على مدير المستشفى أو المصحة أن يبلغ النيابة عن حجز المريض فى مدى يومين من دخوله المستشفى أو المصحة كى تتخذ الوسائل اللازمة لحفظ أمواله . وعلى الأطباء المعالجين ومديرى المستشفيات والمصحات على حسب الأحوال أن يبلغوا النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك أثناء تأدية أعمالهم . ويجب على السلطات الادارية والقضائية أن تبلغ النيابة العامة عن حالات فقد الأهلية الناشئة عن عاهة عقلية بمجرد ثبوت ذلك لديها أثناء تأدية أعمالها(١) .

وتستقل محكمة الموضوع بتقدير حالة الجنون أو العته ، حيث يتعلق الأمر بفهم الواقع ، ومن ثم فهى لا تخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض . فمن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قيام عارض من عوارض الأهلية هو مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى تستقل محكمة الموضوع فى تقدير الدليل عليه . ولا شأن للطبيب فى اعطاء الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقاضى الذى يقيم قضاءه على ضوء ما يبديه الطبيب ، وعلى ما

---

(١) م ٢ من القانون ١٩٤٤/١٤١ ، م ٩٨٠ ، ٩٨٣ مرافعات .

يطمئن اليه من شهادة الشهود والقرائن ، ولو كانت مخالفة لرأى الطبيب ، إذ للقاضى مطلق الحرية فى تقدير ما يدلى به الخبراء من آراء ، ولا معقب عليه من محكمة النقض فى ذلك متى كان استخلاصه سائغاً . ومحكمة الموضوع ليست ملزمة باجابة طالب الحجر بندب طبيب الأمراض العقلية لتوقيع الكشف الطبى على المطلوب الحجر عليه متى رأت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها (١) .

(جـ) حكم تصرفات المجنون والمعتوه :

سوى القانون فى الحكم بين المجنون والمعتوه ، واعتبر كل منهما فى حكم الصبى غير المميّز أى عديم الأهلية ، ومن ثم فإن تصرفاته تقع باطلة . ولكن المشرع يقيم تفرقة فى شأن تصرفات المجنون والمعتوه أساسها تسجيل قرار الحجر(٢) .

١- إذا صدر من المجنون أو المعتوه تصرف قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فإن هذا التصرف يقع صحيحاً ، رغم تخلف الارادة وانعدام التمييز لدى كل من المجنون والمعتوه . وقد قرر المشرع ذلك بقصد حماية الطرف الآخر الذى تعاقد مع المجنون أو المعتوه متى كان هذا الطرف حسن النية حتى لا يفاجأ ببطلان هذا العقد .

أما إذا كان الطرف المتعاقد مع المجنون أو المعتوه عالماً بحالته أو كان فى امكانه أن يعلم بهذه الحالة فإن التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً برغم صدوره قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر . ويتحقق ذلك إذا كانت حالة الجنون أو العته

---

(١) نقض ١٩٧٥/٥/٢٨ س٢٦ ص١١٠٣ - ١٩٧٩/٦/١٣ س٣٠ ص٦٢ .

(٢) م ٤٥ ، ١١٤ مدنى - م ١٠٢٦ ، ١٠٢٨ مرافعات .

شائعة وقت التعاقد أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بيّنة من هذه الحالة . ويكفى لابطال التصرف الصادر قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر تحقق أحد الأمرين : شيوع حالة الجنون أو العته ، أو العلم بها ، ولا يلزم إجتماع الأمرين معاً(١) . وتقدير علم المتعاقد أو عدم علمه بحالة المتعاقد هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع(٢).

---

(١) لم يستلزم المشرع لابطال تصرف المعتوه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر ما استلزمه فى إبطال تصرف السفيه وذى الغفلة من أن يكون التصرف نتيجة استغلال أو تواطؤ ، بل اكتفى باشتراط شيوع حالة العته وقت التعاقد أو علم المتصرف اليه بها ، فثبوت أحد هذين الأمرين يكفى لابطال التصرف .
(نقض ١٩٧٠/١/١٣ س٢١ ص٧٠).
إذ كانت المادة ١١٤ من القانون المدنى قد واجهت حالة الحجر وصدور قرار به ، وفرّقت بين الفترة السابقة على صدور قرار الحجر والفترة التالية له ، وأقامت من قرار الحجر قرينة قانونية على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ومن تسجيل ذلك القرار قرينة قانونية على علم الغير بذلك ، إلا أنه ليس معنى ذلك أن المجنون أو المعتوه الذى لم يصدر قرار بتوقيع الحجر عليه لسبب أو لآخر تعتبر تصرفاته صحيحة ، إذ الأصل انه يجب أن يصدر التصرف عن ارادة سليمة ، وإلا انهار ركن من أركان التصرف بما يمكن معه الطعن عليه ببطلانه إذا ما ثبت علم المتصرف اليه بحالة الجنون أو العته المعدم للتمييز لحظة ابرام التصرف أخذاً بأن الارادة تعتبر ركناً من أركان التصرف القانونى .
(نقض ١٩٧١/١/١٩ س٢٢ ص٧١) .

(٢) تعرّف حسن نية المتصرف اليه أو سوء نيته هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وإذ كان ما استخلصه الحكم من أقوال الشهود لا مخالفة فيه للثابت بأقوالهم بمحضر التحقيق ، وكانت الأسباب التى استند اليها الحكم فى التدليل على سوء نية الطاعنين المتصرف اليهم وعلمهما بعته المحجور عليه – سائغة ومن شأنها أن تؤدى الى ما رتبه الحكم عليها ، فإن النعى عليه بالخطأ فى الإسناد والقصور فى التسبيب يكون على غير أساس .
(نقض ١/٤/ ١٩٧٤ س٢٥ ص٩٢).
المقرر أن تقدير علم المتعاقد بعته المتعاقد معه أو شيوع تلك الحالة وقت التعاقد هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك متى كان استخلاصه سائغاً .
(نقض ٨٣/٣/٢٢ س٣٤ ص٧١٨).

٢- أما بالنسبة للتصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه بعد تسجيل طلب أو قرار الحجر فتعد باطلة بطلاناً مطلقاً ، أياً كان التصرف حتى ولو كان نافعاً نفعاً محضاً . ولا يهم بعد ذلك علم المتعاقد الآخر بحالة الجنون أو العته ومدى شيوع هذه الحالة .

ويراعى أن المشرع لا يستلزم تسجيل قرار الحجر ، بل يكتفى بتسجيل طلب الحجر على المجنون أو المعتوه حتى تعتبر تصرفاته الواقعة بعد تسجيل هذا الطلب باطلة . وإذا لم يسجل طلب الحجر ، فإن التصرفات تكون باطلة من تاريخ حكم المحكمة . مؤدى ذلك أنه إذا سجل طلب الحجر ، ثم قررت المحكمة بعد ذلك توقيع الحجر ، فإن التصرفات تكون باطلة من وقت تسجيل طلب الحجر(١) .

---

(١) مؤدى نص المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات أنه يترتب على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه من تطبيق أحكام القانون المدنى، بحيث تكون تصرفات المحجور عليه للسفه الصادرة بعد تسجيل طلب الحجر قابلة للإبطال عملاً بنص المادة ١/١١٨ من القانون المدنى دون حاجة الى اثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ، إلا أن مجال إعمال هذا النص أن يكون التصرف صادراً بعد تسجيل طلب الحجر . وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه برفض دعوى ابطال العقد الصادر الى المطعون ضده على نفى ما ادعى به الطاعن من أن هذا العقد صدر من والده الى المطعون ضده بعد تاريخ تسجيل طلب الحجر ، وكان التصرف الصادر من السفيه فى مثل هذه الحالة لا يكون وفقاً لما نصت عليه المادة ٢/١١٥ من القانون المدنى باطلاً أو قابلاً للابطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ . فإن الحكم إذ استلزم اثبات توافر أحد هذين الأمرين بعد أن حصل فى أسباب سائغة أن التصرف المنعى عليه قد صدر قبل تسجيل طلب الحجر ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون .

(نقض ١٩٧١/٤/٢٠ س٢٢ ص٥٠٦) .

يترتب على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يعتد باقرار المحجور عليه للسفه - بالتنازل عن الاستئناف الصادر منه بعد تسجيل طلب الحجر بوصفه إقراراً ضاراً به =

ويلاحظ أن الحكم بتوقيع الحجر لا يحول دون الحكم بصحة التصرفات السابقة على صدور هذا الحكم لأنه يعتبر من الأحكام المنشئة التى لا تنسحب آثارها على الوقائع السابقة عليه . كما أن صدور قرار بالحجر بعد صدور الحكم بصحة ونفاذ التصرف لا ينال من حجية هذا الحكم .

(د) الحجر على المجنون والمعتوه وتعيين قيم للمحجور عليه :

إذا ظهر الجنون أو العته على الصبى قبل بلوغ سن الرشد ، فإن المحكمة تقرر استمرار الولاية أو الوصاية عليه الى ما بعد البلوغ . وإذا طرأ الجنون أو العته على الشخص بعد البلوغ أو كان قد بلغ هذه السن وبه عارض منهما ولكن المحكمة لم تحكم باستمرار الولاية عليه ، فإنه يحجر عليه ويعيّن له من يقوم مقامه فى التصرفات . ويستمر الوضع هكذا الى أن يزول العارض ، فتحكم المحكمة برفع الحجر أو برفع الولاية(١) .

مؤدى ذلك أن توقيع الحجر لا يتم إلا بحكم من المحكمة . وعندما تقضى المحكمة بالحجر على الشخص ، بعد تأكدها من إصابته بالجنون أو العته ، تقوم بتعيين قيّماً عليه لادارة أمواله وفقاً للأحكام التى نص عليها القانون . ولا يسترد المحجور عليه أهليته الكاملة الأداء إلا إذا صدر حكم آخر برفع الحجر بعد التأكد من استعادته لإدراكه وتمييزه بشكل

= ضرراً محضاً وذلك عملاً بالفقرة الأولى من المادتين ١١١ ، ١١٥ من القانون المدنى فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض ١٩٦٥/١١/٢ س١٦ ص٩٥٣).

(١) م ١١٣ ، ٤٧ مدنى - م ٦٥ ، ١٨ ، ٤٧ من قانون الولاية على المال .

تام ، وتستعين المحكمة فى كل ذلك بالقرائن والأدلة ورأى أهل الخبرة من الأطباء والأخصائيين .

الفرع الثانى

السفه والغفلة

(أ) المقصود بالسفه والغفلة :

السفه والغفلة من عوارض الأهلية التى لا تصيب العقل بل تصيب الانسان فى ملكاته النفسية أى فى سلامة تدبيره وحسن تقديره للأمور ، من ثم فإن السفه والغفلة ينقصان التمييز ولا يعدمانه ، ولا يترتب عليهما ، بالتالى ، سوى نقص الأهلية .

وقد أرسى القضاء عدة مبادئ بصدد تحديد مدلول السفه والغفلة والكشف عنهما :

- يشترك السفه والغفلة فى معنى عام واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفيه فى أن الأول ضعيف الادراك لا يقدر على التمييز الكافى بين النافع والضار فيغبن فى معاملاته ويسير فى فساده عن طوية وحسن نية ، بينما الثانى كامل الارادة ، مبصر بعواقب فساده ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير آبه بنتيجته نظراً لتسلط شهوة الاتلاف على ارادته (١) .

---

(١) السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس إلا أن الصفة المميّزة للسفه هى أنها تعترى الانسان فتحمله على تبذير المال وإنفاقه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الادارة والتقدير . وإذن فمتى كان الحكم إذ قضى برفض طلب الحجر أقام =

– السفه هو تبذير المال واتلافه فيما لا يعده العقلاء غرضاً صحيحاً ، فهو خفة تعترى الانسان فتحمله على العمل على خلاف مقتضى العقل والشرع . ويستدل على السفه من كيفية انفاق المال على ضوء التجارب الاجتماعية وما يتعارف عليه الناس فى حياتهم (١) .

– أما الغفلة فيقصد بها سهولة الوقوع فى الغبن لسهولة القلب والنية وضعف الادراك وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات . ويستدل على الغفلة من اقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى الى الرابح منها أو بقبوله فاحش الغبن فيها عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع (٢).

= قضاءه على ما استخلصه بالأسباب السائغة التى أوردها من أن التصرفات التى صدرت من المطلوب توقيع الحجر عليه الى أولاده وأحفاده تدل على تقدير وإدراك تام لتصرفاته ولا تنبئ عن سفه أو غفلة ، فإنه لا يكون قد خالف القانون .

(جلسة ١٩٥٥/٤/٧ طعن رقم ٢ سنة ٢٥ق أحوال شخصية) .

(١) السفه هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – تبذير المال وإتلافه فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً ، ومن ضوابطه أنه خفة تعترى الانسان فتحمله على انفاق المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع .

(نقض ٨٥/٢/١٣ س٣٦ ص ٢٦٥).

السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل وتصرف الانسان فى كل ما يملك لزوجته وأولاده الصغار سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تامين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم وليس من شأن مثل هذا التصرف إتلاف المال فى مفسدة بل ان فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به إذ الشرع لا يحرم على الانسان الخروج عن ماله حال حياته أو بعضاً لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول اليهم .

(الطعن ٢ سنة ٢٦ق أحوال جلسة ١٩٥٧/٦/٢٠ س٨ ص٦١٩) .

(٢) لم يجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على تعريف الغفلة فقال بعضهم إنه هو =

– يرجع فى اثبات حالة السفه أو الغفلة ، أو نفيها لذات التصرفات التى تصدر من الشخص إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً دليل اثباتها لها من أقوال المحجور عليه فى التحقيقات ومن مناقشتها له ، فإذا ما كشفت هذه الأقوال عن سلامة الادراك وحسن التقدير أمكن الاستدلال بها على انتفاء حالة السفه أو الغفلة لديه . أما إذا استخلصت المحكمة من مناقشة الشخص أنه مضطرب فى أقواله وإن حالته ليست من التوازن والاستقرار وأن به ضعفاً فى بعض الملكات الضابطة وهى ملكات حسن الادارة وسلامة التقدير مما يحتمل أن يغبن فى تصرفاته بأيسر وسائل الانخداع مما يهدد أمواله بخطر الضياع وتلك هى حالة ذى

= الشخص الذى لا يهتدى الى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته ، ويرى أخرون أنها امتداد لفكرة السفه . على أنه من المتفق عليه – أنها من العوارض التى تعترى الانسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الادارة وحسن التقدير وقد يستدل عليها باقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى الى الرابح فيها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين .

(جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٣ طعن رقم ٥ سنة ٢٣ق « أحوال شخصية») .

– إن الغفلة لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الادارة والتقدير ، وهى على هذا الوصف وإن كان يرجع فى اثباتها أو نفيها لذات التصرفات التى تصدر من الشخص إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً الدليل اثباتاً ونفياً من أقوال المطلوب الحجر عليه فى التحقيقات ومن مناقشتها له فإذا ما كشفت هذه الأقوال عن سلامة الادراك والتقدير أمكن الاستدلال بها على انتفاء حالة الغفلة دون أن يؤخذ على هذا الاستدلال الخطأ فى مفهومها أو فى تطبيق هذا المفهوم.

(نقض ١٩٥٨/١/٩ س٩ ص ٧٦)، (نقض ١٩٧٨/٤/١٩ س٢٩ ص ١٠٤٧).

الغفلة فإنها إذ قضت بتوقيع الحجر عليه لا تكون قد خالفت القانون ، ولا يؤثر على ذلك المصدر الذى استمدت منه المحكمة الدليل على الغفلة ، ذلك أنه وإن كانت التصرفات التى تصدر من الشخص هى فى الأصل المصدر الذى يستمد منه الدليل على الغفلة إلا أنه لا مانع من أن يستمد هذا الدليل من مناقشة المطلوب الحجر عليه أمام المحكمة بغض النظر عن تصرفاته(١) .

– ان الحجر فى ذاته هو حد من الحدود يجب أن يدرأ بالشبهات ولا يستهدف معاقبة المحجور عليه بل يرمى الى الحفاظ على أمواله . فإذا قام الشك حول وجود حالة السفه أو الغفلة فلا يجوز توقيع الحجر على الشخص ، كما لو كانت شبهة العقل راجحة غالبة فى تصرفات الشخص وتساندها التحقيقات التى أجريت فى هذا الشأن . ولا يكفى مجرد الاستناد الى تعللات تنطوى على انكار مبرر هذه التصرفات، أو استيثاق الافتراضات المحتملة التى قد تحدث مستقبلاً ، أو التصرفات الصادرة عن مجرد اهمال أو سهو فى التعامل مما يقع فيه الرجل العادى .

– ان تقدير قيام حالة السفه والغفلة يعد من الأمور الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع والتى تنأى عن رقابة محكمة النقض طالما استخلص القاضى ذلك من وقائع لها أصل ثابت بالأوراق وكان استنباطه سائغاً ومؤدياً لما انتهى اليه(٢) .

---

(١) بيان تاريخ بدء قيام حالة الغفلة ليس ركناً من أركان الحكم بالحجر للغفلة وليس بواجب على المحكمة قبل القضاء بالحجر أن تتقصى بدء قيام هذا السبب بل يكفى أن يتوافر قبل الحكم الدليل على قيامه .

(نقض ١٩٥٤/١٢/٢٣ طعن ٥ س ٢٤ق) .

(٢) ليس فى خروج الانسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ما ينبئ عن =

= استئثار أو تسلط لأن تصرفه لهم أمر تمليه العاطفة وتدفع اليه الغريزة .
كما أن تصرفاته التبرعية لهم لا يمكن أن يوصف معها بالغفلة لأن الغفلة هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الادارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير .

(نقض ١٤/٥/١٩٧٥ س٢٦ ص١٠٠٢) .

متى كان الحكم المطعون فيه إذ نفى عن المطلوب الحجر عليه السفه والغفلة استناداً الى الأسباب السائغة التى أوردها قد خلص الى أن التصرفات الصادرة منه الى أولاده وأحفاده لها ما يبررها سواء أكانت هذه التصرفات تبرعاً أو بيعاً بأقل من ثمن المثل ، فإنه لا يكون فى حاجة بعد ذلك الى التعرض لحكم الغبن فى البيع أو ايثار المتصرف أحد أولاده عن الآخر .

(نقض ٧/٤/١٩٥٥ طعن ٢ س٢٥ق) .

متى كانت محكمة الموضوع قد نفت عن المطلوب الحجر عليه قيام حالتىّ السفه والغفلة استناداً الى أن تصرفاته كانت بعوض وفاء لدين شغلت به ذمته وأنه لم يقم لدى المحكمة دليل مقنع على التبرع والى أن ايصاءه للكنيسة ليس فيه ما يخالف مقتضى الشرع والعقل لمشروعية هذا التصرف ولاضافته الى ما بعد الموت واحتفاظه بحق الرجوع فيه – فإن هذه الأسباب سائغة وتؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها المحكمة من رفض طلب الحجر . فإذا كانت المحكمة قد استطردت بعد ذلك وناقشت تزيداً بعض الفروض التى وردت فى دفاع طالب الحجر فلا جدوى من النعى على ما يكون قد ورد فى مناقشة هذه الفروض من أخطاء .

(الطعن ١٠ سنة ٢٦ ق أحوال جلسة ٩/١/١٩٥٨ س٩ ص ٧٦) .

لا جدوى من تعييب الحكم فيما أقام عليه قضاءه من رفض طلب الحجر على اعتبار أن التصرفات التى صدرت من المطلوب الحجر عليه كانت بعوض فى حين أنها لم تكن بعوض متى كان الحكم قد أقام قضاءه أيضاً على اعتبار هذه التصرفات قد صدرت منه على وجه التبرع ولم ير فيها ما ينبىء عن قيام حالتىّ الغفلة والسفه . (نفس الحكم) .

متى كانت المحكمة قد استخلصت من مناقشة الشخص المطلوب توقيع الحجر عليه أنه مضطرب فى أقواله وأن حالته ليست من التوازن والاستقرار بما يبعدها عن الغفلة مما مفاده أن المحكمة رأت من حالته أن كل ما به لم يكن إلا ضعفاً فى بعض الملكات الضابطة وهى ملكات حسن الادارة وسلامة التقدير مما يحتمل معه أن يغبن فى تصرفاته بأيسر وسائل الانخداع مما قد يهدد أمواله بخطر الضياع وتلك هى حالة ذى الغفلة فإنها إذ قضت بتوقيع الحجر عليه لا تكون قد خالفت القانون – ولا يؤثر على ذلك المصدر الذى استمدت منه المحكمة الدليل على الغفلة ذلك أنه وإن كانت التصرفات التى تصدر من =

(ب) الحجر على السفيه وذى الغفلة :

ان السفه والغفلة من العوارض التى تطرأ على الشخص خلافاً للأصل ، ويؤديان الى نقص الأهلية . وإنما يجب ، ليترتب عليهما هذا الأثر ، ويكون السفيه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية ، كالصبى المميّز ، أن يصدر قرار بالحجر عليه . فنقص الأهلية ، لسفه أو غفلة ، لا يثبت إلا بالحجر . وتقيم المحكمة على من يُحجر عليه قيّماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى القانون .

ولا يكون الحجر حجة على الغير إلا بتسجيل القرار الصادر به . فالتسجيل ضرورى لاعلام الكافة بما يصيب أهلية السفيه وذى الغفلة من تغيير يعيدها ناقصة بعد أن كانت صحيحة . وتبدو أهمية التسجيل فى الحكم على تصرفات السفيه وذى الغفلة التى تقع بعد هذا التسجيل أو التى صدرت قبله . ومن المقرر بأن تسجيل طلب الحجر يترتب عليه ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه .

ولا يرفع الحجر إلا بحكم من القضاء ، فالمحجور عليه

= الشخص هى فى الأصل المصدر الذى تستمد منه الدليل على الغفلة إلا أنه لا مانع من أن تستمد هذا الدليل من مناقشة المطلوب الحجر عليه أمام المحكمة بغض النظر من تصرفاته.

(نقض ١٩٥٤/١٢/٢٣ طعن ٥ س٢٤ق) .

ما يعنى المحكمة الحسبية وهى تحقق طلب الحجر هو التحقق من قيام عارض من عوارض الأهلية التى تستوجب الحجر ، وفى حالة مرض المطلوب الحجر عليه تنحصر مهمتها فى بحث مدى تأثير هذا المرض على أهليته ولا تتعدى ذلك الى التثبت من نوع المرض ومبلغ خطورته واثبات ما لاحقته من أعراضه ومن ثم فإن استدلال الحكم على سلامة المورث من مرض الموت بخلو محضر انتقال هيئة المحكمة الحسبية مما يشير الى أنها لاحظت على المورث أعراض مرض السرطان وآلامه يكون استدلالاً فاسداً .

(نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ س١٥ ص ٣٩٥) .

لايمكن أن يسترد أهليته الكاملة إلا بصدور حكم برفع الحجر عنه .

ويلاحظ أن القواعد المنظمة للحجر تتعلق بالنظام العام[١]، ومن ثم يقع باطلاً كل اتفاق مخالف لتلك القواعد . وتقضى المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه إذا توافرت المبررات الموضوعية لذلك ، ولا يعتد بموافقة أو رفض المحجور عليه أو ذوى الشأن فى هذا الصدد .

(جـ) حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة :

رأينا أن المحجور عليه لسفه أو غفلة يعتبر فى حكم الصبى المميّز . ولكن المشرع يفرّق بالنسبة لتصرفاته بين ما يصدر قبل تسجيل قرار الحجر وما يصدر منها بعد ذلك[٢] .

١- إذا صدر التصرف من السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فإن هذا التصرف يكون صحيحاً ، أياً كان نوعه ، حتى ولو كان ضاراً ضرراً محضاً . ذلك أن الانتقاص من أهلية السفيه أو ذى الغفلة لا يتحقق إلا بقرار القاضى بالحجر[٣] . والقرار هنا ينشئ نقص الأهلية بعد أن كانت كاملة ولا يكشف عنها .

ولكن يشترط لصحة التصرف السابق ألا يكون مشوباً

---

(١) م ٦٥ من قانون الولاية على المال ، م ١١٣ مدنى ، ١٠٢٨ مرافعات ، م ٤٨ ، ٥٥١ مدنى .

(٢) م ١١٥ مدنى .

(٣) قرار الحجر للسفه ليس له أثر إلا من تاريخ صدوره . فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه ما لم تكن قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ ، والفتوى فى هذا الخصوص هى على رأى أبى يوسف ، وحاصلة أن تصرفات السفيه قبل الحجر نافذة .

(جلسة ١١/٥/١٩٥٠ طعن رقم ١٢٨ سنة ١٨ق) .

بالغش ، ولم ينتج نتيجة لاستغلال أو تواطؤ (١). ويقع التصرف باطلاً أو قابلاً للابطال إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ ، فهو باطل إذاكان ضاراً ضرراً محضاً ، وقابل للابطال إذا كان يدور بين النفع والضرر(٢) . ولا يشترط اجتماع الأمرين معاً ، بل يكفى توافر الاستغلال أو التواطؤ(٣) .

والمقصود من الاستغلال أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله(٤) . ولا يكفى توافر قصد الاستغلال لدى الغير بل

---

(١) الحكم بابطال تصرف سفيه قبل الحجر عليه على أساس الاحتيال على القانون لا يقوم إلا إذا تبيّن أن المتصرف له تعامل مع السفيه وهو عالم بسفهه متواطئاً معه فى تعامله لتفويت آثار حجر متوقع . نقض ١٩٥٠/٥/١١ طعن ١٢٨ س١٨ق .

(٢) تصرف السفيه – فى ظل القانون المدنى القديم وفى حكم القانون الحالى على السواء – يكون فى حالة ثبوت التواطؤ والاستغلال باطلاً مطلقاً إذا كان تصرفه ضاراً به ضرراً محضاً كما هو الحال فى التبرعات وقابلاً للابطال إذا كان من المعاوضات فإذا كان الحكم قد قطع بأن الدين لم يكن جدياً وأن الدائن استكتب المدين سند الدين وهو عالم بحالة سفهه مستغلاً بسوء نية هذه الحالة مما مؤداه أن السند كان تبرعاً فإن قضاء الحكم ببطلانه – دون طلبه لا يكون قد خالف القانون .

(الطعن ٥ سنة ٢٢ق أحوال جلسة ١٩٥٨/٥/١٥ س٩ ص ٥٠١) .

(٣) فلا يشترط اجتماع هذين الأمرين بل يكفى توافر أحدهما والمقصود بالاستغلال هنا أن يعلم الغير بسفه شخص أو بغفلته فيستغل هذه الحالة ويستصدر منه تصرفات لا تتعادل فيها التزاماته مع ما يحصل عليه من فائدة – أما التواطؤ فيكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد الى التصرف فى أمواله لمن يتواطأ معه مع علمه ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب.

(نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ س١٦ ص٨١٥).

(٤) ويُقصد بالاستغلال أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويثرى من أمواله . والتواطؤ يكون عندما يتوقع السفيه أو ذو الغفلة الحجر عليه فيعمد الى التصرف فى أمواله الى من يتواطأ معه على ذلك بقصد تفويت آثار الحجر المرتقب . ومن ثم فلا يكفى لإبطال =

يجب أن يثبت أنه قد استغل ذى الغفلة أو السفيه فعلاً وحصل من وراء العقد على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعقول(١) .

ويتحقق التواطؤ عندما يتوقع السفيه أو ذى الغفلة الحجر عليه فيعمد الى التصرف فى أمواله الى من يتواطأ معه على ذلك يقصد تفويت آثار الحجر المرتقب(٢). وللمحكمة أن تبطل التصرف متى تبيّنت من الظروف والملابسات أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والاجراءات الجارية لتوقيع

= التصرف أن يعلم المتصرف اليه بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه أو غفلة بل يجب أن يثبت الى جانب هذا العلم قيام الاستغلال أو التواطؤ بالمعنى السابق بيانه . كما أنه لا يكفى لتحقق هذا الاستغلال توفر قصد الاستغلال لدى المتعاقد مع السفيه أو ذى الغفلة بل يجب لذلك أن يثبت أن هذا المتعاقد قد استغل ذى الغفلة أو السفيه فعلاً وحصل من وراء العقد على فوائد أو ميزات تجاوز الحد المعقول حتى يتحقق الاستغلال بالمعنى الذى يتطلبه القانون .

(نقض ١١/٥/١٩٦٤ س١٥ ص ٧٠٦).

(١) المقصود بالاستغلال – فى حكم الفقرة الثانية من المادة ١١٥ من القانون المدنى أن يغتنم الغير فرصة سفه شخص أو غفلته فيستصدر منه تصرفات ويثرى من أمواله . فإذا أثبت الحكم المطعون فيه فى حدود سلطة المحكمة الموضوعية أن الطاعنين قد استغلا سفه المطلوب الحجر عليه وشدة حاجته الى المال فاستصدرا منه التصرف المحكوم ببطلانه بمقابل يقل كثيراً عما تساويه الأرض المبيعة وذلك إرضاء لشهوة الاغتناء لديهما فإن الحكم بذلك يكون قد أثبت أن التصرف الصادر الى الطاعنين كان نتيجة استغلال وبالتالى يكون هذا التصرف باطلاً وقد صدر قبل تسجيل طلب الحجر أو تسجيل قرار الحجر .

(نقض ١٤/١١/١٩٦٨ س١٩ ص١٣٥٤) .

(٢) انه لما كان التصرف الذى يصدر من المحجور عليه للسفه قبل توقيع الحجر عليه لا يبطل إلا بثبوت علم المتصرف له بسفهه وتعامله معه على الرغم من ذلك على ايقاع هذا التصرف له استباقاً لقرار الحجر فإن الحكم الذى يبطل مثل هذا التصرف مكتفياً بقرائن مجملة دون تعرض لبحث تلك العناصر يكون حكماً قاصر البيان قصوراً يستوجب نقضه .

(جلسة ٨/١٢/١٩٤٩ طعن رقم ٦٣ سنة ١٨ق) .

الحجر عليه وأنه على الرغم من ذلك تواطأ معه على ايقاع هذا التصرف له (١).

ولمحكمة الموضوع سلطة استخلاص قيام الاستغلال أو التواطؤ بلا معقب عليها من محكمة النقض طالما كان هذا الاستغلال سائغاً ومقبولا(٢) . وتقدير ما إذا كانت الفائدة التى حصل عليها السفيه أو ذى الغفلة من التصرف تتعادل مع التزاماته أو لا تتعادل هو مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيما يأخذ به من القرائن التى أقنعته بحصول الاستغلال أو التواطؤ(٣) .

---

(١) لمحكمة الموضوع أن تبطل تصرف المحجور عليه ، حتىّ مع ثبوت حصوله قبل توقيع الحجر عليه متى تبيّنت من ظروف هذا التصرف وملابساته أن المتصرف له كان يعلم سفه المحجور عليه والاجراءات الجارية لتوقيع الحجر عليه ، وانه على الرغم من ذلك تواطأ معه على ايقاع هذا التصرف له ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيما تأخذ هى به من القرائن التى اقنعتها بحصول هذا التواطؤ .

(جلسة ١٩٣٢/١٢/٨ طعن رقم ٢٨ سنة ٢ق) .

(٢) ان القانون لا يحمى أى غش أو تحايل على أحكامه فإذا كانت المحكمة قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المتصرف قبل توقيع الحجر عليه للسفه وفى فترة طلب الحجر واستدلت بها على أن المشترين غشوه فذهبوا به بعيداً عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم وهم على علم بالاجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه ، لكى يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسبى بالحجر فانقاد لهم حتى يقبض منهم ، قبل غلّ يده ، ما دفعوه له من ثمن ، ثم قضت بابطال هذا التصرف ، فإنها تكون قد أقامت قضاءها هذا على مقدمات تنتجه وهى قيام التواطؤ بين المتصرف لهم والمتصرف مع علم المتصرف لهم بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه وانتهازهم فرصة سفهه للاثراء من ماله حين كانت الاجراءات القانونية تتخذ لحمايته .

(جلسة ١٩٤٣/١١/١٨ طعن رقم ٢٦ سنة ١٣ق) .

(٣) تقدير ما إذا كانت الفائدة التى حصل عليها السفيه أو ذو الغفلة من التصرف الذى أصدره قبل تسجيل قرار الحجر تتعادل مع التزاماته أو لا تتعادل هو مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص انعدام هذا التعادل فى التصرف الصادر الى الطاعن من أن الثمن الذى اشترى=

٢- أما عن التصرفات التى يباشرها السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فتأخذ نفس حكم تصرفات الصبى المميّز ، ذلك أن المشرع اعتبر المحجورَ عليه لسفه أو غفلة ناقص الأهلية أى فى حكم الصبى المميّز . ومعنى هذا أن تصرفه يكون صحيحاً إذا كان نافعاً نفعاً محضاً ، وباطلاً بطلاناً مطلقاً إذا كان ضاراً ضرراً محضاً ، وقابلاً للابطال إذا كان دائراً بين النفع والضرر .

ولكن المشرع أورد على هذه القاعدة استثنائين :

الاستثناء الأول : يجوز للسفيه ولذى الغفلة التصرف فى أموالهما عن طريق الوقف والوصية بشرط الحصول على اذن المحكمة . ويقع التصرف بالوقف أو الوصية صحيحاً متى أذنت المحكمة فى ذلك . أما الوصية التى يجريها السفيه أو ذو الغفلة دون إذن المحكمة فتقع باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحته ومصلحة ورثته من بعده ، أى أن هذا البطلان يزول إذا أجازت المحكمة الوصية أو أجازها السفيه أو ذو الغفلة بعد رفع الحجر أو قام الورثة بتنفيذها .

= به لا يتناسب البتة مع القيمة الحقيقية للعين المبيعة وقت التعاقد وكان هذا الاستخلاص من الحكم مستمداً من وقائع تؤدى اليه فإنه لا معقب عليه فى ذلك.

(نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ س٢١ ص٩٢٠، نقض ١٩٨٥/٣/١٣ س٣٦ ص٢٦٥) .

لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد خلصت – وعلى ما سلق البيان فى الرد على الأسباب السابقة – فى حدود سلطتها فى فهم الواقع فى الدعوى وتقدير الأدلة فيها الى أن الطاعن كان يعلم بسفه المطعون عليه الثانى وأنه استغل حالته هذه وحصل على عقدى البيع موضوع النزاع وأقامت قضاءها على ما يكفى لحمله ، فإن قرار الحجر الصادر بعد ابرام العقدين سالفيّ الذكر ينسحب عليهما ولا تبدأ مدة سقوط الحق فى ابطالهما وفقاً للمادة ١٤٠ من القانون المدنى إلا من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب .

(الطعن ٣٩٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٣) .

ويلاحظ أنه إذا أبرم الشخص وصية وهو مكتمل الأهلية ثم عرض له بعد ذلك سفه أو غفلة مما يوجب الحجر عليه ، فإن هذه الوصية تظل صحيحة ما لم يرجع عنها الموصى قبل وفاته (١).

الاستثناء الثانى : يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة ، بإذن المحكمة ، أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون(٢) .

ويلاحظ أن الاذن للسفيه أو ذى الغفلة المحجور عليه بتسلم أمواله لادارتها لا تملكه إلا المحكمة . وذلك بخلاف الحال بالنسبة للقاصر البالغ الثامنة عشرة حيث يمكن أن يصدر الاذن له بالادارة من الولىّ أو المحكمة .

ويرى البعض أن المحجور عليه لسفه أو غفلة لا يستطيع أن يباشر بنفسه سوى التصرفات الواردة فى الاستثنائين السابقين ، أما بقية الحالات التى أجاز فيها المشرع للقاصر مباشرة تصرفات معيّنة فلا تنطبق على السفيه أو ذى الغفلة لأنه يعتبر ناقص الأهلية بالنسبة لها ولا يعتبر كامل الأهلية إلا بناء على نص صريح وهو متخلف هنا .

إلا أننا نؤيد الرأى الراجح الذى يرى أنه « يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفلة بأهلية أداء كاملة فى الحدود المعترف بها للصبى المميّز ، إلا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الأعمال المأذون بها هذا الصبى مع حالة السفه والغفلة ، ولذلك يكون للسفيه أو ذى الغفلة أهلية التصرف – كالصبى المميّز عموماً – فيما يخصص له من

---

(١) ، (٢) م ٥ ، ١٦ من قانون الوصية – م ١١٦ مدنى .

مال لأغراض نفقته وفى ابرام عقد العمل الفردى ، وأهلية التصرف - كالصبى البالغ السادسة عشرة فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، غير أنه لا يجوز تسوية السفيه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الاذن له من المحكمة بمباشرة التجارة ، لتنافى حالة السفه والغفلة تنافياً تاماً مع ما تقتضيه التجارة من استقامة واعتدال وحسن النظر الى الأمور » .

المطلب الثالث

موانع الأهلية

تعريف :

إذا بلغ الشخص سن الرشد ، دون أن يُحجر عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة كان كامل الأهلية . ولكن قد توجد ظروف معيّنة تمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . لهذا يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يساعده فى مباشرتها.

مؤدى ذلك أن موانع الأهلية تتمثل فى ظروف طارئة تعوق الشخص ، كلياً أو جزئياً ، عن مباشرة التصرفات القانونية ، أو عن الاستقلال بمباشرتها . إذ قد يتعذر عليه ذلك رغم كمال ارادته . فالارادة هنا لا يشوبها نقص ، بل ان الشخص يكون كامل الارادة والتمييز . إلا أنه على الرغم من كمال أهليته لا يستطيع الافادة من ذلك بسبب قيام تلك الظروف .

وموانع الأهلية بهذا المعنى ثلاثة : أولها مانع مادى هو الغيبة . وثانيها مانع قانونى هو الحكم بعقوبة جناية . وثالثها مانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسمانى شديد .

(أ) الغيبة :

تقيم المحكمة وكيلاً عن الغائب كامل الأهلية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه ، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ، وذلك فى احدى الحالات الآتية :

١- إذا كان مفقوداً لا تُعرف حياته أو مماته .

٢- إذا لم يكن له محل اقامة ولا موطن معلوم .

٣- إذا كان له محل اقامة أو موطن معلوم خارج الوطن واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى ادارتها .

فالغائب شخص كامل الأهلية ، ولكنه لا يستطيع ، بسبب غيابه ، أن يتولى شئوه بنفسه ، لذا تقضى الظروف باقامة نائب يتولى شئونه . فإذا استمر غيابه مدة سنة أو أكثر وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أقامت المحكمة وكيلاً عنه يتولى شئونه .

وإذا كان الغائب قد ترك وكيلاً عاماً ، فإن المحكمة تحكم بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عيّنت غيره . وتسرى على الوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصّر . ويسرى على الوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء .

وتنتهى الغيبة بزوال سببها ، أو بموت الغائب ، أو بالحكم باعتباره ميتاً فالغيبة مانع مؤقت ينتهى بانتهاء سببه وذلك كحضور الغائب ، أو علم موطنه أو محل اقامته ، أو تمكنه من تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينبيه فى ادارتها ، كما تنتهى كذلك بموت الغائب موتاً يقينياً أو موتاً اعتبارياً إذا كان مفقوداً أو حكم باعتباره ميتاً . وتنتهى الغيبة فى تلك الحالات لأنه لم يعد ثمة محل لاستمرار الوكيل فى مباشرة

مهمة الوكالة عن الغائب ، ولا يلزم لانتهاء الغيبة ، فى هذه الصور ، صدور قرار من المحكمة بذلك (١).

(ب) الحكم بعقوبة الجناية :

يترتب على الحكم بعقوبة جناية حرمان المحكوم عليه من ادارة أمواله . ويعد هذا الحرمان بمثابة عقوبة تبعية للعقوبة الأصلية تلحق المحكوم عليه بقوة القانون دون حاجة الى النص عليها فى الحكم . ويقتصر الحرمان على حالة عقوبة الجناية دون عقوبة الجنحة أو المخالفة ، ويشترط صدور الحكم من المحاكم العادية دون غيرها من المحاكم .

والحرمان من الادارة ليس مرده نقص أهلية المحكوم عليه ، بل هو كامل الأهلية ، ولم يؤثر صدور الحكم بالعقوبة عليها ، ولكن المشرع قرر هذا الحجر كعقوبة تبعية من جهة ولعجز المحكوم عليه الفعلى عن ادارة أمواله من جهة أخرى . لذلك فإن هذا الحرمان يكون مؤقتاً ، ويقتصر على المدة التى يظل فيها الشخص معتقلاً تنفيذاً للعقوبة المقضى بها عليه . معنى هذا أن المانع يظل قائماً طالما كان تنفيذ العقوبة مستمراً، وينتهى إذا ما أفرج عن المحكوم عليه ، ولو افراجاً شرطياً ، أو انتهت مدة العقوبة .

ويتولى إدارة أموال المحكوم عليه بدلاً منه قيّم يختاره بنفسه ، بشرط أن تُصدق عليه المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها موطنه . أما إذا لم يعيّن هو قيْماً لهذه الادارة ، تولت هذه المحكمة تعيينه بناء على طلب النيابة العامة أو طلب من له مصلحة(٢) . وللمحكمة أن تُلزم القيّم بتقديم كفالة لضمان

---

(١)م ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٩ من قانون الولاية على المال .

(٢) مؤدى نص المواد ٨ ، ٢٤ ، ٢٥/٤ من قانون العقوبات ، أن كل حكم =

....

= بعقوبة جناية يستتبع حتماً وبقوة القانون حرمان المحكوم عليه من حق ادارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ، على أن يعيّن قيماً لهذه الادارة تقره المحكمة ، فإذا لم يعيّنه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته فى غرفة مشورتها بناء على طلب النيابة العمومية أو من له مصلحة فى ذلك ، إلا إذا وجد فى قانون العقوبات أو غيره من القوانين الأخرى واللوائح الخصوصية نص يستثنى المحكوم عليه من هذا الحرمان ، ولما كان القانون رقم ١٢٨ لسنة ١٩٦٠ فى شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها لم تتضمن أحكامه استثناء المحكوم عليهم فى الجرائم المنصوص عليها فيه من تطبيق حكم البند الرابع من المادة ٢٥ آنفة الذكر ، وكانت عقوبة الحرمان التبعية المنصوص عليها فى هذه المادة تستتبع عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعياً أو مدعى عليه ، ويمثله أمامها خلال مدة تنفيذ العقوبة الأصلية القيّم الذى تعيّنه المحكمة المدنية إذ أن هذا الحجر القانونى باعتباره عقوبة تبعية ملازمة للعقوبة الأصلية موقوت بمدة الاعتقال تنفيذاً للعقوبة المقضى بها ، فهو يوقع لاستكمال العقوبة من جهة وللضرورة من جهة أخرى ، ومن ثم فلا محل له قبل البدء فى تنفيذ العقوبة الأصلية من ناحية ، كما ينقضى بانقضاء هذه العقوبة سواء كان الانقضاء بسبب تمام التنفيذ أو بالافراج الشرطى فيها أو بالعفو عنها أو بسقوطها بالتقادم من ناحية أخرى ، وأى عمل من أعمال الادارة أو التصرف يجريه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات يلحقه البطلان وهو بطلان جوهرى .

(الطعن ٩٥١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٣ س٣٥ ص ١٦٥٠) .

مفاد المواد ٨ ، ١/٢٤ ، ٤/٢٥ من قانون العقوبات أن كل حكم يصدر بعقوبة جناية يستتبع حتماً وبقوة القانون عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعياً أو مدعى عليه بما يوجب إن لم يعيّن هو قيّماً تقره المحكمة، أن تتولى المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته فى غرفة مشورتها تعيين هذا القيّم بناء على طلب النيابة العامة أو من له مصلحة فى ذلك ، فإذا اختصم أو خاصم بشخصه فى دعوى خلال فترة تنفيذه للعقوبة الأصلية المقضى بها عليه دون القيّم الذى يمثله قانوناً من قبَل المحكمة بطلت اجراءات الخصومة بقوة القانون واعتبرت كأن لم تكن ، وهى قاعدة يتعيّن اعمال حكمها على الأحكام التى تصدر من المحاكم العسكرية بعقوبة جناية طبقاً لما تقضى به المادتان ١٢٣ ، ١٢٩ من قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ باعتبارها تتضمن تشديداً للعقوبة الواردة فيه جاءت فى قانون العقوبات، وينبنى على ذلك انه إذا لم يعيّن المحكوم عليه بعقوبة من المحاكم العسكرية قيّماً تقره المحكمة فإنه يتعذر على المضرور من الفعل غير المشروع الذى ارتكبه أن يرفع دعواه قبلَه إلا بعد أن يلجأ الى المحكمة التى حددتها المادة ٤/٢٥ عقوبات لتعيين القيّم . نقض ١٩٩٠/١٢/٢٩ طعن ٢٠١٣ س٥٨ق .

الالتزامات التى تنشأ فى ذمته نتيجة إدارة أموال المحكوم عليه. أما بالنسبة للتصرف فى أمواله ، فتبقى له شخصياً ولكن بشرط الحصول على اذن المحكمة المذكورة .

والبطلان المطلق هو الجزاء الذى قرره القانون لكل تصرف قانونى يصدر من المحكوم عليه بالمخالفة للأحكام السابقة . فيقع باطلاً كل عمل من أعمال الادارة يباشره المحكوم عليه أثناء فترة اعتقاله ، وكذلك كل تصرف يصدر عنه دون إذن المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته .

وتعاد الى المحكوم عليه أمواله عند الافراج عنه ، ويقدم له القيّم حساباً عن ادارته(١) .

(جـ) العاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى :

مفهوم العاهة كمانع : قد يكون الشخص كامل الأهلية لسلامة ارادته واكتمال تمييزه ، ولكن يتعذر عليه ، بسبب ما به من عاهة أو عجز جسمانى ، التعبير عن ارادته تعبيراً صحيحاً ، أو يصعب عليه الالمام بظروف التصرف وعناصره الالمام الكافى لتقدير وجه المصلحة فيه . فالعاهة مانع طبيعى يترتب على وجودها عدم استطاعة الشخص مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو يُخشى من انفراده بمباشرتها بنفسه لخطورة ذلك على مصالحه . لذا ينبغى أن يعيّن له مساعد قضائى يساعده فى ابرام التصرفات القانونية .

شروط تعيين المساعد القضائى : يشترط لتقرير المساعدة القضائية للشخص :

١- أن تكون هناك عاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد.

---

(١) م ٢٥ عقوبات .

أى حالة ما يكون الشخص مصاباً بعاهتين على الأقل من عاهات ثلاث وهى الصمم والبكم والعمى ، بأن يكون أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم . وكذلك حالة اصابة الشخص بعجز جسمانى شديد وذلك كالشلل النصفى ، والضعف الشديد ، وضعف السمع والبصر ضعفاً شديداً لا يبلغ مبلغ الصمم أو العمى .

٢- أن يكون من شأن العاهة أو العجز أن يتعذر على الشخص أن يعبّر عن ارادته أو يخشى معه من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله . فلا يجوز اخضاع ذى العاهة أو العجز لنظام المساعدة القضائية إذا كان من السهل عليه الاحاطة بظروف التعاقد وعناصره والتعبير عن ارادته تعبيراً سليماً ، بحيث لا يخشى على مصالحه من انفراده بابرام التصرفات القانونية . كما لو كان الشخص تلقى تعليماً خاصاً يمكنه من التعبير عن ارادته بأية طريقة من طرق التعبير .

٣- تقتصر مهمة المساعد القضائى على معاونة الشخص فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك . وقد كان القانون المدنى يترك تقدير التصرفات التى تتقرر بشأنها المساعدة للقضاء ، ولكن قانون الولاية على المال جاء وحدد التصرفات التى يجوز تقرير المساعدة بالنسبة لها ، وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، وسوف نعرض لها بصدد سلطات الوصى فى نظام الولاية على المال . مؤدى ذلك أن المشرع حدد وظيفة المساعد القضائى حيث يعاون من تقررت مساعدته فى مباشرة تصرفات محددة تحديداً عاماً لا يختلف باختلاف الحالات(١) .

---

(١) م ١١٧ مدنى ، م ٧٠ ، ٣٩ من قانون الولاية على المال . وينبغى اعمال حكم =

أثر الحكم بتقرير المساعدة القضائية : يترتب على الحكم بتقرير المساعدة ما يلى :

١- ينبغى تسجيل القرار الصادر بالمساعدة القضائية حتى تترتب الآثار التى يقررها القانون فى هذا الصدد ، وكى يكون الغير على بيّنة من أمره . ويترتب على تسجيل طلب تقرير المساعدة القضائية ما يترتب على تسجيل القرار نفسه الصادر بتقريرها ، وبناءً على ذلك فإنه لا يجوز الاحتجاج بالحكم بتقرير المساعدة على الغير حسن النية إلا من تاريخ تسجيل الطلب أو الحكم . ونظراً لأن المساعدة القضائية لا تتقرر إلا بقرار من المحكمة ، فإنها تظل قائمة الى أن يصدر قرار من المحكمة برفعها ، وذلك متى زال سببها .

٢- إذا تقررت المساعدة القضائية وجب اشتراك المساعد مع من تقررت مساعدته فى ابرام التصرفات ، فلا يجوز لأى منهما الانفراد بمباشرة أى من التصرفات التى تقررت المساعدة بشأنها أى تلك التى نص عليها القانون .

فالمساعد ليس بمثابة نائب قضائى ينفرد بالتصرف قائماً فيه مقام الأصيل ، وانما هو يشترك معه فيه . فإذا استقل المساعد باجراء التصرف ، كان هذا التصرف غير نافذ فى حق من تقررت المساعدة لصالحه .

ولا يجوز لمن تقررت المساعدة لصالحه أن يباشر بمفرده أى تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها . وإذا قام بابرام التصرف بغير معاونة المساعد، بعد تسجيل طلب أو حكم تقرير المساعدة القضائية ، كان تصرفه

= قانون الولاية على المال باعتباره نصاً خاصاً لاحقاً للحكم الوارد فى القانون المدنى.

قابلاً للابطال . ويستطيع المساعد القضائى إما إجازة التصرف أو المطالبة بابطاله ، كما يجوز ذلك ممن تقررت المساعدة لصالحه بعد زوال المساعدة كمانع الأهلية .

٣- إذا امتنع المساعد القضائى عن الاشتراك فى مباشرة تصرف معيّن ، جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى مباشرة التصرف أو عيّنت شخصاً آخر للمساعدة فى ابرامه وفقاً للتوجيهات التى تبينها فى قرارها .

أما إذا كان الامتناع عن مباشرة التصرف من الشخص الذى تقررت المساعدة القضائية له ، وكان من شأن هذا الامتناع تعريض أمواله للخطر ، تم رفع الأمر للمحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد باجراء هذا التصرف .

٤- يجب على المساعد القضائى تسليم الأموال التى فى عهدته بمحضر خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء المساعدة القضائية ، مع ايداع صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال فى قلم الكتاب .

المبحث الثالث

نظام الولاية على المال

La tutelle des biens

نعرض لمفهوم الولاية على المال ثم نتناول كل من نظامىّ الولاية والوصاية .

المطلب الأول

مفهوم الولاية على المال

(أ) المقصود بالولاية :

الولاية ، بصفة عامة ، هى سلطة القيام بأعمال قانونية نيابة عن الغير، فهى صفة يضفيها القانون على شخص معيّن يكون له بمقتضاها سلطة على غيره فى نفسه أو ماله أو فيهما معاً . ويُطلق عليها ، أحياناً ، النيابة القانونية لأنها تثبت بحكم القانون ، وتتمثل فى صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية باسم شخص أخر يكون هو نائباً عنه بحكم القانون ولحساب هذا الشخص أى بقصد احداث آثارها فى شخص الأصيل أو فى ذمته المالية .

والولاية نوعان : ولاية على النفس وولاية على المال ، تتمثل الولاية على النفس فى نفاذ الأقوال والتصرفات على الغير فى الأمور التى تتعلق بالنفس أى بالشخص ، كالزواج، فيكون لمن تثبت له تلك الولاية ، امكانية ابرام عقد زواج المولى عليه وتنفيذه ، كولاية الأخ الشقيق على أخته القاصر فى تزويجها إذا لم يوجد الأب أو الجد . وتدخل دراسة الولاية على النفس ضمن أحكام الأحوال الشخصية .

أما الولاية على المال فهى السلطة التى تثبت لشخص فى أن يباشر تصرفاً قانونياً على مال الغير ، وتثبت هذه السلطة بمقتضى القانون وتنحصر فى التصرفات المالية حيث يتولى الولىّ مباشرة تلك التصرفات باسم ولحساب الخاضع للولاية الذى يكون عديم أو ناقص الأهلية . وستكون هذه الولاية موضوع دراستنا .

(ب) تنظيم الولاية على المال :

نظم القانون المصرى أحكام الولاية على المال . فتقرر المادة ٤٧ مدنى بأن يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون . وتضيف المادة ١١٨ بأن التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوّام ، تكون صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون .

وقد تولى قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بيان القواعد الموضوعية المنظمة لها . أما قواعد الاجراءات الخاصة بها فقد وردت فى قانون المرافعات ضمن الكتاب الرابع. ونكتفى هنا بدراسة الأحكام الموضوعية .

(جـ) صور الولاية على المال :

رأينا أن الأشخاص الذين يكونون عديمى الأهلية أو ناقصيها أو يوجد بهم مانع من موانع الأهلية ، لا يباشرون التصرفات القانونية على أموالهم بأنفسهم ، بل ينوب عنهم أو يساعدهم شخص آخر يسمى الولىّ على المال . يتضح من ذلك أن هناك عدة صور للولاية على المال :

– تثبت الولاية على مال عديم أو ناقص الأهلية . فالقاصر يتولى مباشرة التصرفات القانونية الخاصة به إما الولىّ (١) أو الوصى . وبالنسبة للمحجور عليه بجنون أو عته أو سفه أو غفلة يعيّن له قيّم .

---

(١) نيابة الولىّ عن القاصر هى نيابة قانونية ، ويتعيّن عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به الى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته أما إذا جاوز الولىّ هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة الى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليه بسببها . نقض ١٢/٦/١٩٨٤ طعن ٥٤٢ س٥١ق .

– تثبت الولاية أيضاً بالنسبة لمن يقوم به مانع من موانع الأهلية . يختلف الأمر بحسب المانع ، إذ يُعيّن قيّم بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة جناية ، ومساعد قضائى لذى العاهة أو من به عجز جسمانى شديد . كما يُعيّن وكيل عن الغائب .

وقد سبق أن تعرّضنا للأحكام الخاصة بالمساعد القضائى، والوكالة عن الغائب . ويلاحظ أن المشرع وضع حكماً عاماً مؤداه خضوع الوكالة والوكلاء عن الغائبين للأحكام المقررة فى شأن الوصاية والأوصياء على القصّر. ويسرى فى شأن قسمة مال الغائب المحجور عليه ما يسرى فى شأن مال القاصر من أحكام (١).

وبالنسبة للقيّم ، فإن الأحكام الخاصة بالوصاية والأوصياء على القصّر تسرى على القوامة ، سواء تعلق الأمر بالمحجور عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية أو بسبب الحكم على الشخص بعقوبة جناية . وتكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة . ويُشترط فى القيّم ، كقاعدة عامة ، ما يشترط فى الوصى من شروط ، إلا أن القانون أجاز للمحكمة التجاوز عن بعض الشروط ، حيث يجوز لها ، فى حالة ما إذا كان المرشح للقوامة هو الابن أو الأب أو الجد ، أن تعيّنه قيّماً متى كانت هناك مصلحة فى ذلك حتى ولو كان أحد هؤلاء محكوماً عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ولو لم يكن قد انقضى على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات . بل ويجوز للمحكمة ذلك أيضاً حتى ولو

---

(١) م ٧٨ ، ٧٩ من قانون الولاية على المال .

كان أحد هؤلاء المذكورين محكوماً بافلاسه ولو لم يحكم برد اعتباره(١) .

---

(١) م ٦٨ ، ٦٩ من نفس القانون . ونعرض لقضاء النقض فيما يتعلق بتعيين القيم وسلطاته وعزله .

تعيين القيِّم :

تنص المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة ، وتقضى المادة ٦٩ من هذا القانون بأنه يشترط فى القيِّم ما يُشترط فى الوصى وفقاً لما نصت عليه المادة ٢٧ ، ويتعيَّن تطبيقاً للفقرة الأولى من هذه المادة الأخيرة أن يكون القيِّم عدلاً كفءً ذا أهلية كاملة . والمفهوم من اصطلاح الكفاية بشأن القيِّم – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون بالنسبة للوصى – هو أن يكون أهلاً للقيام على شئون المحجور عليه، وتجيز الفقرة السابعة من المادة ٢٧ سالفة الذكر اسناد القوامة الى من يوجد بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى ، إذا اتضح أن النزاع ليس من شأنه أن يُعرِّض مصالحه للخطر ، وتوافرت فى هذا المرشح سائر أسباب الصلاحية .

(نقض جلسة ١٩٧٢/٣/٢٢ س٢٣ ص٦٢) .

اختيار من يصلح للقوامة فى حالة عدم وجود الابن أو الأب أو الجد وهم أصحاب الأولوية فيها ، أو عدم صلاحية أحد من هؤلاء ، هو مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية بلا رقابة عليه من محكمة النقض ، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة . لما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد اشترطت فيمن تختاره قيِّماً على المحجور عليه ، الخبرة والتمرس بأعمال التجارة ، لأنه من المشتغلين بتجارة الأجهزة والأدوات الكهربائية ، ويمتلك عقارات ، وهو شرط لا مخالفة فيه للقانون ، بل تطبيقاً لما تقضى به المادة ٢٧ التى أحالت اليها المادة ٦٩ من المرسوم بقانون سالف الذكر من أن يكون القيِّم كفءً ذا قدرة على ادارة شئون المحجور عليه ، ثم رأت المحكمة فى حدود سلطتها التقديرية تنحية الطاعنة وهى زوجة المحجور عليه من القوامة ، لأنها لا تتوافر فيها الخبرة لإدارة محلاته واستغلال عقاراته وأن أسباب الصلاحية إنما تتوافر فى خاله ، وكانت الاعتبارات التى استندت اليها المحكمة سائغة وتؤدى الى النتيجة التى تنتهت اليها ، فإن ما تنعاه الطاعنة على الحكم ، لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً لا يجوز قبوله أمام محكمة النقض .

(الطعن السابق) .

مؤدى نص المادتين ٢٧ ، ٦٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة =

= ١٩٥٢ أنه لا يجوز اسناد القوامة الى من كان بينه وبين المحجور عليه نزاع قضائى من شأنه أن يعرّض مصالحه للخطر .

(نقض ١٩٨٢/٤/١٢ س٣٣ ص٤٠١) .

سلطات القيّم :

ليس للقيّم أن يُقر صراحة أو ضمناً تصرفاً ضاراً صادراً من المحجور عليه ولو قبل الحجر مادام هذا التصرف غير صحيح إذ هو تنازل عن حق لم يكن حتى من التصرفات التى له أن يباشرها بإذن المجلس الحسبى .

(الطعن ٨٧ سنة ٢ق جلسة ١٩٣٣/٥/١٨) .

إذا كانت واقعة الدعوى هى أن زيداً المحجور عليه كان مديناً لبكر فى مبلغ ٣٥١٠ ج بمقتضى حكمين أحدهما نهائى بمبلغ ٢١٩٠ ج والآخر ابتدائى استؤنف بمبلغ ١٣٢٠ ج ، وأن القيّم اتفق مع الدائن على أن يتنازل عن ١٩٠ ج من الدين المحكوم به نهائياً وعن كل الدين الآخر ويصبح كل ما له ٢٠٠٠ ج فقط ، وأخذ الدائن هذا المبلغ من خالد ، وفى نظير ذلك كتب له المحجور عليه - وهو فى مدة وضعه تحت الاختبار - على نفسه سندات بهذا المبلغ ، فإن هذا الاتفاق الذى تم لا يعتبر صلحاً بالمعنى القانونى إذ هو لم يترك بمقتضاه كل من المتعاقدين جزء من حقوقه على وجه التقابل لقطع نزاع حاصل أو لمنع وقوع نزاع ، وإنما هو مجرد اتفاق حصل بمقتضاه القيّم على تنازل من جانب الدائن وحده للمحجور عليه المدين عن بعض ما عليه من الدين قبل الحجر ، وهو اتفاق فيه نفع محض للمحجور عليه ، إذ هو لم يلتزم فيه بشىء جديد بل نقصت به التزاماته السابقة الى حد كبير ، فهو والحالة هذه لا يقتضى الحصول فى شأنه على اذن من المجلس الحسبى .

(الطعن ٦٠ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩) .

المادة ١/٣٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال التى أحالت عليها المادة ٧٨ من ذات القانون فى شأن القوامة تجيز للقيّم بشرط الحصول على إذن من المحكمة أن يباشر جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

(نقض ١٩٧٦/٢/٣ س٢٣ ص٣٧٦) .

مفاد نص المادتين ٣٩ و ٧٨ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال - أن القيّم على المحجور عليه شأنه شأن الوصى على القاصر لا يملك اجازة العقد القابل للابطال ضمناً لأن هذه الاجازة باعتبارها من أعمال التصرف لا تكون إلا بناء على اذن من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال ، لما كان ذلك ، وكان البيّن من الحكم المطعون فيه أنه طرح أقوال شهود الاثبات وما تقدم به الطاعن من مستندات لمجرد القول بأنها =

يتضح من ذلك أن الولاية على المال لها مدلول عام يشمل كل شخص يتولى ، بحكم القانون، ابرام التصرفات القانونية

= لا تفيد صورية التاريخ المعطى لعقد البيع المؤرخ ١٩٦٤/١/٤ وذلك دون أن يخضع أقوال هؤلاء الشهود ودلالة تلك المستندات لتقديره ويبين أن ما استخلصه منها يتسق مع النتيجة التى انتهى اليها ، كما اعتبر سكوت الطاعن مدة طويلة عن طلب ابطال العقد الصادر من محجوره بمثابة اجازة ضمنية له، فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب .

(الطعن ١٢٦١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٧/١٠/١٤) .

القوامة نوع من أنواع النيابة تحل فيها ارادة القيّم محل ارادة المحجور عليه مع انصراف الأثر القانونى لما يباشره من تصرف لهذا الأخير ، والمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال وإن لم يجز للقيّم تطبيقاً للمادتين ٣٩ ، ٧٨ أن يباشر التصرف بالبيع إلا بإذن من المحكمة إلا أن استصدار هذا الاذن ليس بشرط للتعاقد أو صحة التصرف وانما قصد به رعاية حقوق المحجور عليه والمحافظة على أمواله بالنسبة لتصرفات معيّنة ارتأى المشرع ألا يستقل القيّم بالرأى فيها فنصّب من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال رقيباً عليه بصددها وهو بهذه المثابة يعد اجراء شرع لمصلحة المحجور عليه دون غيره ومن ثم فإن تاريخ انعقاد البيع الذى ابرمه القيّم هو الذى يعتد به فى نشأة الحق فى الشفعة دون اعتداد بتاريخ صدور قرار محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال بالموافقة على هذا التصرف ولا عبرة كذلك فى هذا الشأن بتاريخ العقد النهائى المسجل .

(الطعن ١٠٥٥ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٨/٢/١١) .

عزل القيّم :

إذ يبين من القرار المطعون فيه أنه بنى قضاءه بعزل القيّم على أن الابن أحق برعاية والدته وأحرص على مالها مستهدياً فى ذلك بما نصت عليه المادة ٦٨ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من أن القوامة تكون للابن البالغ ثم للأب ثم للجد، ثم لمن تختاره المحكمة ، وكان مفهوم ذلك أن نظر المحكمة إنما تعلق فقط بالترتيب الذى وصفه المشرع عند تعيين القيّم وقصر عن الاحاطة بمقطع النزاع فى القضية ، وهو مدى إخلال الطاعن بواجباته وما إذا كانت قد توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزله مما نص عليه فى المادة ٤٨ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الوصى والتى تسرى فى حق القيّم بنص المادة ٧٨ من ذات القانون . لما كان ذلك فإن هذا القرار يكون قد شابه قصور مبناه الخطأ فى فهم القانون .

(نقض ١٩٧٥/١/١ س٢٦ ص١١٤) .

بدلاً من آخر أو الى جانبه . وينطبق ذلك على كل من الولىّ والوصى والقيّم والوكيل والمساعد القضائى . ولكن الولاية تنصرف ، غالباً ، الى مدلول أضيق من ذلك ، حيث تقتصر على حالة ولاية الأب أو الجد الصحيح على القاصر ، وهذا ما يُسمى بنظام الولاية والوصاية وهو ما نعرض له فى هذا المجال .

المطلب الثانى

الولاية

(أ) من تثبت لهم الولاية :

تثبت الولاية على مال الصغير القاصر للأب ، ثم للجد الصحيح ما لم يكن الأب قد اختار قبل وفاته وصياً على أموال ولده . فالوصى المختار مقدم على الجد .

وتثبت الولاية للأب ثم للجد بقوة القانون دون حاجة الى تعيين أو تثبيت من المحكمة . فكل منهما بمثابة ولىّ شرعى يستمد سلطته من القانون لا من القاضى . ومن جهة أخرى فإن الولاية مفروضة على الولى الشرعى ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة (١) .

---

(١) **تنحى الولىّ عن ولايته :**

تنص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه « للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً ، الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة » ويبين من هذا النص أن الولاية واجبة فى الأصل ، ولكن يجوز للولىّ أن يتنحى عن ولايته بإذن المحكمة لظروف تتطلب ذلك ، مما مقتضاه أنه إذا تغيّرت الظروف التى دعت الولىّ الى طلب التنحى أو زالت ، وكان قادراً على تحمل اعبائها ، فله أن يطلب من المحكمة رد الولاية اليه ، وهو ما يستفاد مما جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون تعليقاً على هذه المادة .

(نقض ١٩٧٤/١/٢٣ س٢٥ ص٢٢٩) .

ولما كان الولىّ ينوب عن القاصر فى ابرام التصرفات القانونية التى لا يستطيع مباشرتها لنقص أهليته ، فيتعيّن أن يكون الولىّ أهلاً للقيام بتلك التصرفات . فلا يجوز للولىّ مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو . فإذا حدث وكان الولىّ غير أهل لمباشرة التصرف ، أقامت المحكمة وصياً خاصاً لمباشرة التصرف بدلاً عنه (١) .

(ب) سلب الولاية والحد منها ، وقفها ، سقوطها(٢) :

سلب الولاية والحد منها : إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولىّ أو لأى سبب آخر ، فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها . وللمحكمة سلطة تقدير السبب الذى يعرّض أموال القاصر للخطر ، وتستطيع تجريد الولىّ من كل سلطاته على مال القاصر ، أو الحد من هذه السلطات بصدد تصرفات أو أموال معيّنة (٣) .

---

(١) المادة الأولى والثانية من نفس القانون .

(٢) م١٨ : ٢٣ ، ٣١ ، ٣٢ من نفس القانون .

(٣) النص فى المادة من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه « إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولىّ أو لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها » يدل على أن المشرع اعتبر أن الولاية منوطة بمصلحة الصغير تدور معها وجوداً وعدماً فمتى انتفت المصلحة وجب أن تزول ، فلم يحدد أسباب سلب الولاية أو الحد منها على سبيل الحصر بل ضرب لها مثلاً سوء تصرف الولىّ .

ترك المشرع للمحكمة مطلق الحرية فى تقدير أى سبب تتبيّنه يؤدى الى تعريض أموال القاصر للخطر دون استلزام بلوغ هذا السبب مبلغ الجريمة ، أو وجوب تعليق الفصل فى سلب الولاية على الفصل فى الدعوى الجنائية إذا كانت قد أقيمت فعلاً .

(نقض ١٩٧٦/١٢/٢٩ س٢٧ ص ١٨٤٧) .

متى كان الحكم إذ قضى بسلب ولاية جد القصّر أقام قضاءه على أنه لم يكن =

ويترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة الى المال . فسلب أو وقف الولاية على النفس يستتبع حتماً وبقوة القانون نفس الأثر بالنسبة الى المال أيضاً ، لأنه إذا تبيّن عدم أمانة الوليّ على نفس القاصر ، فإنه لا يكون بالأولى أميناً على ماله .

وإذا حكم بسلب ولاية الأب حل الجد محله بقوة القانون ، فإن لم يوجد عيّنت المحكمة وصياً يتولى شئون القاصر . وإذا حكم بالحد من الولاية ، وجب تعيين وصى مؤقت تتحدد مهمته بقرار المحكمة .

وقف الولاية : تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا أُعتبر الوليّ غائباً ، أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جناية ، أو بالحبس مدة تزيد على سنة .

عودة الولاية : إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت الى سلبها أو الحد منها أو وقفها (١). ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذى سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائى بالرفض .

= حريصاً على اموالهم بقدر حرصه على اموال أبنائه وعلى ماله الشخصى ولم يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات ولم يحرر محضر الحصر فى مدى شهرين وأنه جاوز الثمانين من عمره وسجل على نفسه عجزه عن الاضطلاع بشئون الولاية وأن ذلك كله من شأنه تعريض مال القصّر للخطر ، فإن هذا الذى أسس عليه الحكم قضاءه صحيح فى القانون .

(نقض ١٩٥٥/١٢/٨ طعن ١٠ س٢٥ق) .

(١) تقدير الظروف التى تبرر رد الولاية الى الوليّ ، بعد الاذن له بالتنحى ، بما يجعله قادراً على تحمل اعبائها ، هو مما يستقل به قاضى الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض . متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

(نقض ١٩٧٤/١/٢٣ س٢٥ ص٢٢٩) .

انتهاء الولاية : تنتهى الولاية بقوة القانون ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه . وإذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر . مؤدى ذلك أنه إذا أصيب القاصر بعارض كالجنون أو العته أو السفه أو الغفلة ، تعيّن لاستمرار الولاية على ماله أن تقضى المحكمة ، قبل بلوغه سن الرشد ، باستمرارها ، وإلا انتهت الولاية بقوة القانون بمجرد البلوغ ، رغم وجود العارض . ويجب اتخاذ اجراءات الحجر عليه ويُعيّن له قيّم يتولى مباشرة التصرفات نيابة عنه .

(جـ) حدود سلطة الولى على مال الصغير:

أولاً : الأحكام المشتركة بين الأب والجد : وتتمثل تلك الأحكام فيما يلى(١) :

١- تتمثل مهمة الولىّ فى رعاية أموال القاصر ، ويكون له، بصفة عامة ، ادارتها والتصرف فيها مع مراعاة القيود المقررة فى القانون . والأصل أن الولاية تقع على جميع أموال القاصر، ولكنها لا تشمل المال الذى يؤول اليه بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك ، حيث تُعيّن المحكمة وصياً خاصاً لإدارة هذا المال .

٢- يجب على الولىّ لمباشرة مهمته أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال ، أو ما يؤول اليه ، وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال الى الصغير . ويتمثل جزاء الاخلال بهذا الالتزام فى أنه يجوز للمحكمة

---

(١) م ٤ : ٨ ، ١٦ ، ١٧ ، ٢٥ من نفس القانون .

اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضاً لمال الصغير للخطر ، ويترتب على ذلك امكانية الحكم بسلب الولاية أو الحد منها .

٣- يجوز للولىّ قبول التبرع للقاصر(١) ، ولكن لا يجوز له أن يقبل هبة أو وصية للصغيرمحملة بالتزامات معيّنة إلا بإذن المحكمة .

٤- ولا يجوز للولىّ أن يتبرع من مال القاصر ، إلا لأداء واجب عائلى أو انسانى . ويشترط فى هذه الحالة استئذان المحكمة .

٥- يتمتع الولىّ ، كقاعدة عامة ، بسلطة القيام بادارة أموال القاصر ، إلا أنه ينبغى استئذان المحكمة فى عدة حالات هى : اقراض مال الصغير أو اقتراضه ، تأجير العقار لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة ، الاستمرار فى تجارة آلت الى القاصر.

٦- لا يجوز للولىّ أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها الى الدرجة الرابعة إلا بإذن

---

(١) إذا كان الواقع فى الدعوى أن العقد استوفى ظاهرياً الأركان القانونية لعقد البيع المنجز من بيع وثمن ، وأنه صدر من الطاعن بصفته الشخصية الى نفسه بصفته ولياً شرعياً على أولاده المطعون عليهم وقت أن كانوا قصّراً ، وكانت المادة ٤٨٧ من القانون المدنى تجيز للولىّ الشرعى أن ينوب عن الموهوب له فى قبول الهبة . ولو كان هو الواهب ، فيكون له أن يتعاقد مع نفسه ، فإن التصرف المعقود باعتباره هبة مستترة فى صورة البيع تكون قد توافرت له شرائط الصحة.

(نقض ١٩٧٩/٣/١٤ س٣٠ ع١ ص٧٨٦) .

تصرف الأب بالبيع المنجز فى عقار يملكه الى ابنه القاصر يعتبر تصرفاً صحيحاً ونافذاً سواء كان فى حقيقته بيعاً أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع ويتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع الى القاصر .

(نقض ١٩٨٠/٥/١٩ س٣١ ص١٤٣١) .

المحكمة، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه .

٧- إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليّه فى المال الموروث فلا يجوز للولىّ أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت اشرافها .

٨- للولىّ أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه ، وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته .

٩- يتعيّن على الولىّ أو ورثته رد أموال القاصر اليه عند بلوغه ، ويسأل هو وورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف .

ثانياً : الأحكام الخاصة بسلطة الأب : وتتمثل تلك الأحكام فيما يلى(١) :

١- لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل الى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال(٢).

---

(١) م ١٥ ، ٢٦ ، ٤٥ من نفس القانون .

(٢)المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه أورد المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الذى نظم أحكام الولاية على المال فى المواد ٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ قيوداً يرد بعضها على حق الولىّ فى التصرف فى مال القاصر ، ويرد البعض الآخر على حقه فى ادارة هذا المال حماية لصالح الصغير ، فإن النص فى المادة ١٣ منه على أنه « لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل الى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال » يدل على اعفاء الولىّ من اجراءات الحصول على اذن من المحكمة حيث يشترط الاذن لجواز التصرف على ما يكون الولىّ الأب قد تبرع به من مال للقاصر صريحاً كان هذا التبرع أو مستتراً ، ويكون للولىّ التصرف فى المال بجميع التصرفات دون أى قيد على سلطته فى هذا الخصوص .
(الطعن ١٧٨٠ س٥٠ق جلسة ١٧/٤/١٩٨٤) .

٢- للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

٣- لا يجوز للأب التصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة(١) . وفى هذه الحالة لا يجوز للمحكمة أن ترفض الاذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة .

٤- لا يُسأل الأب إلا عن خطئة الجسيم . ولا يُحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر ، ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معيّن كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة .

---

(١) النص فى المادة ١/٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أنه « لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة » يدل على أن العبرة عند تطبيق هذا النص بقيمة العقار وقت التصرف فيه ، فإن المحكمة بتقديرها تلك الأرض وقت بيعها سنة ١٩٦٣ بالثمن الذى اشتراها به الطاعن سنة ١٩٥٦ تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون .

(نقض ١٩٧٩/٥/٢٢ س٣٠ ع٢ ص٤٠٨ ، الطعن ١٠٢٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧) .

العبرة بقيمة نصيب القاصر فى العقار المتصرف فيه لا بقيمة العقار كله ، فيجوز للأب أن يتصرف فى عقارات الصغير بدون إذن المحكمة إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلاثمائة جنيه وإلا فيجب إذن المحكمة .

(نقض ١٩٨٢/٦/٦ س٣٣ ص٦٧٠) .

من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن بيع الولى المال القاصر بدون اذن - فى حالة وجوبه - يكون باطلاً نسبياً لمصلحة القاصر الذى له أن يباشر حال حياته طلب الابطال بواسطة من يمثله قانوناً فى هذه الحالة ، وليس لغيره أن يتحدى ببطلان بيع أمواله إذا تمت بدون اذن المحكمة أو بأقل من الثمن المحدد بقرارها .

(الطعن ٨٤٥ س٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٥) .

ثالثاً : الأحكام الخاصة بسلطة الجد : تتمثل تلك الأحكام فيما يلى :

١- لا يجوز للولىّ الجد ، بغير إذن المحكمة ، التصرف فى مال القاصر أياً كان ، وأياً كانت قيمته ، ولو كان التصرف بمقابل ، ولا الصلح عليه ، ولا التنازل عن التأمينات الضامنة لحقوق القاصر أو اضعافها .

٢- يلتزم الجد بالأحكام المقررة بشأن الحساب ، فيتعيّن عليه أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته لأموال القاصر قبل أول يناير من كل عام إذا زادت هذه الأموال عن ٥٠٠ جنيه ، أما إذا قلت عن ذلك ، فيعفى من تقديم الحساب السنوى ما لم تر المحكمة غير ذلك . ويجب عليه أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انقضاء ولايته لأى سبب من الأسباب ، أياً كانت أموال القاصر(١) .

---

(١) المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال فى الفصل الأول منه الخاص بالولاية وقد خص الأب وحده دون الجد بالاستثناء المنصوص عليه فى المادة ١٣ منه والتى تنص على أنه « لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال» ، ولو أراد المشرع مد هذا الحكم على الجد لنص على ذلك صراحة كما نص عليه بالنسبة للأب ولما خص الجد بما نص عليه فى المادة ١٥ منه من أنه« لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو اضعافها » فجاء نصه فى ذلك صريحاً وواضحاً وشاملاً مال القاصر كله دون استثناء مما لا محل معه لقياس حالة الجد على حالة الأب ولا موجب للرجوع الى أحكام أخرى تناقض أحكام القانون وتتعارض معها .

(نقض ١٩٨٣/١/٢ س٣٤ ص ٩٧) .

المطلب الثالث

الوصــاية

(أ) صور الوصاية :

الـوصـى هـو كل شـخـص غـيـر الأب والـجـد يـعـهـد الـيـه بالمحافظة على حقوق القاصر وإدارة أمواله بالنيابة عنه . وتتنوع الوصاية وتتعدد صورها :

أولاً – الوصى المختار والوصى المعيّن : يجوز للأب أن يقيم **وصياً مختاراً** لولده القاصر أو للحمل المستكن . ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع وذلك فى حالة ما إذا اشترط المتبرع ألا يدخل المال المتبرع به للقاصر فى نطاق الولاية . ويجب أن يتم اختيار الوصى فى ورقة رسمية أو عرفية يُصدّق فيها على توقيع الأب أو المتبرع ، أو بورقة مكتوبة بخطه وموقعة منه حسماً للمنازعات الخاصة بالاثبات . ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن اختيارهما . ولا يكفى اختبار الأب أو المتبرع بل يتعيّن عرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها بعد التحقق من توافر الشروط التى يستلزم القانون توافرها فى الأوصياء .

وتتولى المحكمة ، أحياناً ، **تعيين الوصى** . إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار ، تُعيّن المحكمة وصياً . ويبقى وصى الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تُعيّن المحكمة غيره . تتولى المحكمة تعيين الوصى إذا لم يكن هناك وصى مختار أو جد صحيح لأن الوصى المختار يتقدم على الجد فى ولايته . ويتم التعيين كذلك فى حالة ما إذا كان

الوصى المختار غير مستوفٍ للشروط القانونية اللازمة لتثبيته (١) .

ثانياً - الوصى العام والوصى الخاص : الأصل هو أن تكون الوصاية عامة تشمل كل أموال الصغير ، حيث يتولى الوصى مباشرة كافة شئونه المالية . ولكن يجوز للمحكمة أن تقيم وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية :

١- إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولىّ أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته . نظراً لوجود التعارض بين المصالح ، فى مثل هذه الحالات ، وجب تعيين وصى خاص للقاصر لرعاية مصلحته فى هذه الصفقة .

٢- إذا أريد ابرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو ابطاله أو الغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند السابق .

٣- إذا آل الى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع ألا يتولى الولىّ إدارة هذا المال .

٤- إذا كان الولىّ غير أهلٍ لمباشرة حق من حقوق الولاية .

٥- يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال .

وتنتهى مهمة الوصى الخاص بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته (٢) .

---

(١) م ٢٨ ، ٢٩.

(٢) م ٣١ ، ٣٣ ، ٣٥.

ثالثاً – الوصى المؤقت : الأصل أن الوصاية تستمر على مال الصغير حتى تنتهى بسبب من الأسباب المحددة فى القانون ، ولكن الظروف قد تستدعى تعيين وصى مؤقت . تقيم المحكمة وصياً مؤقتاً إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولىّ آخر ، وكذلك إذا أوقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أداء لواجباته . وتنتهى مهمة الوصى المؤقت بانتهاء المدة التى اقتضت بها تعيينه (١).

رابعاً – تعدد الأوصياء : الأصل أن يكون للقاصر وصياً واحداً يتولى كافة شئونه المالية . ولكن قد تتنوع مصالح الصغير وتتعدد على نحو يستوجب وجود أكثر من وصى لمواجهتها . لذا يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد ، وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق ، ومع ذلك لكل من الأوصياء اتخاذ الاجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع القاصر . وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر الى المحكمة لتأمر بما يتبع(٢).

(ب) وحدة النظام القانونى للأوصياء :

يسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة عمل كل منهم .

تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعيّن له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معيّن .

---

(١) م ٣٢ ، ٣٥ .
(٢) م ٣٠ .

يجب أن يكون الوصى عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة ، وأن يكون من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه ، وألا يوجد ما يمس شرفه أو أمانته أو ما يشكك في حيدته إزاء مصالح القاصر . ولا يجوز بوجه خاص أن يُعيّن وصياً كل من :

١- المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة . ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

٢- من حُكم عليه لجرية كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته .

٣- من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

٤- المحكوم بافلاسه الى أن يُحكم برد اعتباره .

٥- من سبق أن سُلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٦- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بُنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك . ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على امضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بامضائه .

٧- متى كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر[١] .

---

(١) م ٣٤ ، ٤٦ ، ٢٧.

(جـ) سلطات الوصى :

أولاً : يجوز للوصى اجراء الأعمال النافعة نفعاً محضاً دون إذن المحكمة ، كقبول الهبة أو الوصية طالما كانت غير مقترنة بشرط أو محملة بالتزامات .

ثانياً : لا يحوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب انسانى أو عائلى وبإذن المحكمة .

ثالثاً : يجب الحصول على اذن المحكمة فى قسمة مال القاصر على الشيوع بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك(١) . فإذا أذنت المحكمة عيّنت الأسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية .

وفى حالة القسمة القضائية تُصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص ، ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك . وإذا رفضت التصديق تعيّن عليها أن تقسم الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة

---

(١) اجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية على أن يحصل الوصى أو القيّم على إذن من الجهة القضائية المختصة باجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً فى حق ناقص الأهلية . وإذ كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيّم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبياً لا يحتج به إلا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد إن كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه إن كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات .
(نقض ١٩٦٤/١/٢٣ س١٥ ص١٣١) .

بعد دعوة الخصوم ، ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص(١).

رابعاً : أما بالنسبة لسائر التصرفات القانونية من أعمال الادارة أو أعمال التصرف ، فقد بيّن القانون الحدود التى ينبغى على الوصى أن يعمل فى داخلها ، وقيد من سلطاته ، وهى بصفة عامة أضيق من سلطات الولى ، ويشترط كقاعدة عامة ، الحصول على اذن المحكمة ، فلا يجوز بغير هذا الاذن مباشرة التصرفات الآتية(٢) :

١- جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله . وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة(٣) .

---

(١) وإذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً (م ٤١) .

(٢) استصدار إذن محكمة الأحوال الشخصية للنائب عن ناقص الأهلية ليس بشرط للتعاقد أو التصرف انما قصد به على ما جرى به قضاء هذه المحكمة الى رعاية حقوق ناقص الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معيّنة ولهم وحدهم بعد بلوغهم سن الرشد الحق فى ابطال هذه التصرفات . نقض ١٩٨٥/٣/٢٥ س٣٥ ص٨٠٣ .

(٣) نيابة الوصى عن القاصر هى نيابة قانونية ينبغى أن يباشرها - وفقاً لما تقضى به المادة ١١٨ من القانون المدنى - فى الحدود التى رسمها القانون . لما كان النص فى المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصى مباشرة تصرفات معينة إلا بإذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، فإنه ينبنى على ذلك أن الوصى إذا =

٢- التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى اعمال الادارة .

٣- الصلح أو التحكيم إلا فيما قلّ عن مائة جنيه مما يتصل باعمال الادارة(١) .

٤- حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

٥- استثمار الأموال وتصفيتها .

٦- اقتراض المال واقراضه .

٧- ايجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأرض الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى . ويلاحظ أنه إذا كان الايجار وارداً على عقار ويخضع للامتداد القانونى لمصلحة المستأجر ، فإنه لا يجوز للوصى ابرامه لأية مدة كانت إلا بإذن المحكمة .

= باشر تصرفاً من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزاً حدود نيابته ويفقد بالتالى فى ابرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تنصرف آثاره الى القاصر .

(نقض ١٣/٥/١٩٨٢ س٣٣ ص ٥١٧) .

ويترتب على مخالفة هذا الحظر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة بطلان التصرفات المذكورة بطلاناً نسبياً مقرراً لمصلحة القصّر فيمتنع الاحتجاج بها عليه أن نفاذها فى حقه ولو تجردت من أى ضرر أو غبن بالقاصر .

(الطعن ١٥٠٠ س٥٠ق جلسة ٢٩/٣/١٩٨٤) .

(١) الوصاية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - نوع من أنواع النيابة القانونية تحل بها ارادة الوصى محل ارادة القاصر مع انصراف الأثر القانونى الى ذلك الأخير ، ولئن كانت المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال قد تضمنت بياناً بالتصرفات التى لا يجوز للوصى أن يباشرها إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية ومن بينها التحكيم والتنازل عن الحقوق والصلح إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل باعمال الادارة، إلا أن استصدار هذا الاذن فى الحالات التى يوجب فيها القانون ذلك ، ليس بشرط للتعاقد أو التصرف ، وانما قصد به رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معيّنة ارتأى الشارع =

٨- ايجار عقار القاصر لمدة تمتد الى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

٩- قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

١٠- الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ .

١١- الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر .

١٢- رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له .

١٣- التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام(١) .

١٤- التنازل عن التأمينات واضعافها .

١٥- ايجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما الى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه.

١٦- ما يُصرف فى تزويج القاصر .

= لخطورتها الا يستقل الوصى بالرأى فيها ، فنصب من محكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال رقيباً عليه فى صورها ، وهو بهذه المثابة يعد اجراء شرع لمصلحة القصّر دون غيرهم فيحق لهم بعد بلوغهم سن الرشد التمسك ببطلان ما يصدر من الوصى عليهم من تصرفات خالف بشأنها ما تقضى به المادة ٣٩ سالفة الذكر .

(نقض ١٩٧١/٢/١٦ س٢٢ ص ١٧٩، الطعن ٥١ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٢) .

(١) م ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١.

١٧- تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والانفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معيّنة(١) .

(د) واجبات الوصى :

رعاية لمصلحة القاصر وصيانة لأمواله فرض المشرع على الوصى عدة واجبات وألزمه باتباع اجراءات معيّنة تتمثل فى:

١- يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها ، وعليه أن يبذل فى ذلك عناية الرجل المعتاد .

٢- للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر .

٣- يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخر ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قِبلَه من اجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة .

٤- على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى

---

(١) للوصى حق رفع الدعاوى والطعن فى الأحكام التى تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله بطرق الطعن العادية وغير العادية . تسرى هذه القاعدة على الوصى بالخصومة إذا أطلق قرار تنصيبه ولم يحدد له مرحلة معيّنة للتقاضى. (نقض ١٩٥٦/١٠/٢٥ س٧ ص٨٤٧).

أما ما ورد بالقانون من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع الدعوى أو اقامة طعن من الطعون غير العادية إنما قصد به وعلى ما جرى به قضاء النقض - رعاية حقوق ناقصى الأهلية ، والمحافظة على أموالهم ، ومن ثم فهو اجراء شُرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به . (نقض ١٩٧٦/٢/١٩ س٢٧ ص٤٧١).

تقرره اجمالياً لحساب مصروفات الادارة وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه ولا يجوز أن يسحب شيئاً من المال المودع إلا بإذن المحكمة .

٥- على الوصى أن يودع باسم القاصر فى المصرف الذى تشير به المحكمة ما ترى لزوماً لايداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمها . وليس له أن يسحب شيئاً منها بغير إذن المحكمة .

٦- على الوصى أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن ادارته قبل أول يناير من كل سنة (١). ويُعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك . وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته .

٧- يجوز للمحكمة إذا قصّر الوصى فى الواجبات المفروضة عليه أو أوقف القرارات التى تصدرها ، أن تحكم

---

(١) أوجب المشرع حرصاً على مصلحة عديم الأهلية وصوناً لما يتوفر له أن يكون الحساب سنوياً وأن يسارع الوصى الى ايداع المتوفر فى حينه وكفل تنفيذ ذلك بما سنّه من اجراءات مما يتبيّن منه أن اعتبر كل سنة وحدة قائمة بذاتها - وعلى ذلك تكون المحكمة قد أصابت إذا لم تر محلاً لخصم المبالغ التى ادعى الوصى صرفها فى سنة تالية للحساب محل الفحص .

ومتى بلغ القاصر سن الرشد فلا يكون لمحكمة الأحوال الشخصية ولاية إلا فى بحث ما قدم لها من حساب عن مدة سابقة على انتهاء الوصاية (مادة ٩٨٠ مرافعات).

(نقض ١٩٥٦/٣/٢٩ س٧ ص٤٤٠) .

عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه ، فضلاً عن حرمانه من أجره كله أو بعضه ، وعزله ، أو بأحد هذه الجزاءات . وللمحكمة أن تمنح القاصر الغرامة المحكوم بها أو جزءاً منها . ويجوز اعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم أو قدم أعذاراً تقبلها المحكمة . ويكون الوصى ، فضلاً عن ذلك ، مسئولاً عن الضرر الذى يلحق القاصر لاخلاله بالواجبات التى فرضها عليه القانون[1].

(هـ) الاشراف على الوصى :

يجوز للمحكمة أن تعيّن مشرفاً على الوصى ولو كان مختاراً وكذلك مع القيّم والوكيل عن الغائب .

يراقب المشرف الوصى أو القيّم (النائب عن عديم الأهلية) أو الوكيل عن الغائب فى ادارته وعليه ابلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه اليها .

وعلى النائب أو الوكيل اجابة المشرف الى كل ما يطلبه من ايضاح عن ادارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال .

ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن

---

(١) م ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٢ ، ٤٥ ، ٨٤ . وتنص المادة ٨٥ على أنه « إذا نفذ على ممتلكات النائب المحكوم عليه بالغرامة ثم صدر حكم باقالته فلا حق له إلا فى استرداد ما حصل من التنفيذ . أما إذا رسا المزاد على قلم الكتاب فلا يكون للمحكوم عليه إلا استرداد العين بعد دفع مصروفات التنفيذ ما لم يكن هناك مانع فإذا وجد فلا يكون له إلا استرداد الثمن الذى رسا به المزاد على قلم الكتاب بعد خصم كامل المصروفات » .

يطلب الى المحكمة اقامة نائب أو وكيل جديد والى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر .

يسرى على المشرف ، فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسئوليته عن تقصيره ، الأحكام التى تسرى على الوصى .

تقرر المحكمة انتهاء الاشراف إذا رأت زوال دواعيه (١).

(و) انتهاء الوصاية :

تنتهى الوصاية بعدة طرق :

١- تنتهى الوصاية عادة ببلوغ القاصر سن الرشد إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه لعارض من عوارض الأهلية ، كجنون أو عته أو سفه أو غفلة .

٢- تنتهى الوصاية بموت القاصر .

٣- تنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت بها تعيينه ، كما فى حالة سلب الولاية أو وقفها ثم عودتها للولى مرة أخرى .

٤- قبول استقالة الوصى .

٥- موت الوصى أو ثبوت غيبته أو فقد أهليته .

٦- الحكم بعزل الوصى ، وذلك فى حالتين : الأولى إذا قام به سبب لعدم الصلاحية للوصاية ، ولو كان هذا السبب

---

(١) م ٨١ : ٨٣ .

قائماً وقت تعيينه . والثانية إذا أساء الادارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطراً على مصلحة القاصر .

٧- إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه(١) .

ويترتب على انتهاء الوصاية عدة نتائج :

١- على الوصى خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر الى القاصر متى بلغ سن الرشد أو الى ورثته أو الى الوصى الجديد أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال ، وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال.

٢- إذا مات الوصى أو حُجر عليه أو أُعتبر غائباً التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال بتسليم أموال القاصر وتقديم الحساب .

٣- يكون قابلاً للابطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب . وقد وضع المشرع هذا الحكم منعاً لكل تأثير يقع من الوصى على القاصر ، فكل ورقة تصدر من القاصر خلال تلك الفترة لمصلحة الوصى قد تكون وليدة الضغط أو الغش أو قلة الخبرة ، لذا تكون باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحة الرشيد.

٤- كل دعوى للقاصر على وصية أو للمحجور عليه على

---

(١) م ٣٥ ، ٤٧ : ٤٩.

قيمة تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو رفع الحجر أو موت القاصر أو المحجور عليه . ومع ذلك فإن انتهت الوصاية أو القوامة بالعزل أو بالاستقالة أو الموت فلا تبدأ مدة التقادم المذكورة إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية أو القوامة(١) .

(١) م ٥٠ : ٥٣ .

لا يُعتبر وارث المحجور عليه رفعه دعوى الحساب على القيّم بعد وفاة المحجور عليه من الغير وانما يُعد خلفاً عاماً فلا يملك من الحقوق أكثر مما كان لسلفه ومن ثم فإن هذه الدعوى تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه القوامة بوفاة المحجور عليه .

(نقض ١٤/٤/٦٦ س١٧ ص٨٥٢) .

الباب الثانى
الشخص المعنوى أو الاعتبارى
La personne morale

نعرض لدراسة الشخص الاعتبارى من خلال ثلاثة فصول ، نتناول فيها على التوالى : النظرية العامة للشخصية الاعتبارية ، خصائص الشخصية الاعتبارية ، أنواع الشخص الاعتبارى .

الفصل الأول

النظرية العامة

للشخصية الاعتبارية

نعرض فى هذا الفصل لكل من الموضوعات التالية : مفهوم الشخص الاعتبارى وأهميته ، طبيعة الشخص الاعتبارى ، مقومات الشخص الاعتبارى .

المبحث الأول

مفهوم الشخص الاعتباري وأهميته

(أ) المقصود بالشخص الاعتبارى :

رأينا أن الشخص فى نظر القانون هو كل كائن يصلح لتلقى الحقوق والتحمل بالواجبات . والشخصية القانونية لا تثبت ، فى التشريعات الحديثة ، للانسان (الشخص الطبيعى) فقط ، بل تثبت أيضاً لمجموعات الأشخاص الطبيعية أو الأموال التى يجمعها غرض واحد . وتسمى تلك المجموعات بالأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ، وهى كائنات غير انسانية لا تُدرك بالحس وإنما يمكن ادراكها بالفكر وتتمتع بالشخصية القانونية ، كما هو الحال فى الشركات والجمعيات والمؤسسات .

والشخصية التى تثبت لهذه الجماعات تجعلها مستقلة ومتميزة عن الأشخاص الذين يدخلون فى تكوينها . فالشركة أو الجمعية تُعتبر شخصاً مستقلاً عن شخصيات الشركاء .

وقد يكون الشخص المعنوى مجموعة من الأموال ترصد

لتحقيق غرض معيّن يتعلق بالبر أو النفع العام كمستشفى أو ملجأ أو معهد علمى ، ينشئه أحد الأشخاص ، وتكون له شخصية قانونية تقوم على أساس المال والغرض منه . ونوجد، فى مثل هذه الحالات ، أمام مجموعات من الأموال يقال لها المؤسسات fondations .

(ب) أهمية فكرة الشخص الاعتبارى :

اقتضت الضرورات العملية الاعتراف بحياة مستقلة للشخص الاعتبارى عن حياة المكوّنين له . ذلك أن هناك كثير من الأنشطة والأهداف ما يعجز الجهد الفردى عن القيام بها ، ولا تكفى حياة الفرد لتحقيقها . لذا كان لا بد من تجميع الجهود فى جماعات ، وضم رؤوس الأموال فى مشروعات يمكنها تحقيق ما يعجز عنه الشخص بمفرده . وبذلك قامت الشركات والجمعيات .

قدر المشرع أن تكوين جماعات من الأشخاص أو رصد مجموعات من الأموال يؤدى الى قيام نشاط قانونى لتحقيق أغراض معيّنة . وتقتضى طبيعة هذا النشاط والغرض المقصود من ورائه بقاءه على وجه الدوام . لذا كان لا بد من خلق وسيلة تضمن نسبة هذا النشاط الى كائن معيّن يتسم بالبقاء والاستمرار ، هذه الوسيلة هى الشخصية الاعتبارية التى يضفيها القانون على تلك الجماعات . فوجود الشخص المعنوى يستقل عن وجود الأشخاص الطبيعية المكوّنة له ، ولا يرتبط بقاءه بحياة مؤسسيه ، فقد يزيد عددهم أو ينقص ، دون أن يؤثر ذلك على الحياة القانونية المستقلة للشخص الاعتبارى .

والاعتراف بالشخصية المعنوية لمجموعات الأشخاص أو الأموال يرتب نتائج أخرى على درجة كبيرة من الأهمية ، ذلك

أن استقلال الشخص الاعتبارى عن شخصية المكوّنين له ، يجعله أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، وتصبح له ذمة مالية مستقلة عن ذمة هؤلاء ، وتكون أمواله مستقلة ومنفصلة عن أموالهم . ولا تختلط حقوق والتزامات الشخص المعنوى بحقوق والتزامات أعضائه ومنشئيه .

وتبدو أهمية ذلك أن دائن الشخص المعنوى يستطيع التنفيذ على أمواله ، ولكنه لا يستطيع الرجوع على الأموال الخاصة المملوكة لأى من الأفراد المكوّنين له . وإذا كان هؤلاء مدينين بديون خاصة وشخصية ، لم يكن لدائنيهم الحق فى الرجوع بها على الشخص الاعتبارى . وإذا أراد شخص أن يقاضى الشخص المعنوى ، فليس عليه إلا أن يقاضيه فى شخص من يمثله ، وله حق التقاضى ورفع الدعاوى بواسطة من يمثله . أضف الى ذلك أن الشخص الاعتبارى يتميز باسم وموطن وجنسيَة إستقلالاً عن الأشخاص المكوّنين له .

(جـ) تاريخ فكرة الشخص الاعتبارى :

عرف القانون الرومانى فكرة الشخص المعنوى فى وقت متأخر فى عهده المدرسى ، حيث تم الاعتراف ، فى عصر الامبراطورية العليا ، بالشخصية القانونية لجماعات سياسية كالدولة والمدن والبلديات والأقاليم . واعترف بها أيضاً لبعض الجماعات الدينية . هذا بالاضافة الى أشخاص القانون الخاص التى كانت تتكوّن إما من مجموعات الأشخاص كجمعيات الكهنة ورجال الأعمال ، ومجموعات المؤسسات كالأديرة والمستشفيات والملاجئ . ولم يكن لهذه المجموعات كيان قانونى إلا بعد أن يرخص لها مجلس الشيوخ . ولم تقم فى الفقه الرومانى نظرية عامة للشخص المعنوى وإنما قامت هذه النظرية عند شراح هذا القانون فى العصور الوسطى .

وقد كانت الأشخاص الاعتبارية فى العهود القديمة تخضع فى وجودها ، كقاعدة عامة لترخيص من السلطة العامة . ولا شك أن ذلك كان يتوقف على النزعة أو الفلسفة التى تسود كل عهد على حدة . ففى فرنسا كانت الجماعات فى أول الأمر خاضعة فى تكوينها وفى كسبها للشخصية الاعتبارية لترخيص خاص بذلك ، ثم تطور الأمر حتى أصبح من حق كل جماعة وفقاً للقانون ١٩٠١ أن تتكوّن وتكسب الشخصية القانونية دون ترخيص متى استوفت الشروط الخاصة وقامت باجراءات الشهر . ثم اعترف القضاء بالشخصية الاعتبارية للشركات .

ولم تكن فكرة الشخصية الاعتبارية غريبة عن فقه الشريعة الاسلامية ، بل كانت هناك الكثير من الأحكام الفرعية الخاصة بجماعات من الأشخاص ومجموعات من الأموال « تفيد صلاحيتها للوجوب لها وعليها . من ذلك أن بيت المال تجب له الجزية والخراج واللقطة . وتركة من لا وارث له ، وتجب عليه نفقة الفقير الذى لا عائل له . وان الوصية تجوز للمسجد أو المستشفى فيصبح مالكاً للعين الموصى بها ، وان جهة الوقف تملك المال الموقوف وتستدين وتختصم أمام القضاء . وهذا يعنى أن الفقه الاسلامى يأخذ بفكرة الشخص الاعتبارى ، حيث يخلع الشخصية القانونية على مثل هذه التكوينات » .

لم يتضمن القانون المدنى المصرى القديم نصاً عاماً فى الشخصية الاعتبارية . ولكن القضاء جرى على الاعتراف بالشخصية القانونية للشركات والجمعيات ، أما المؤسسات فلم يكن يعترف لها بالشخصية الاعتبارية إلا إذا اتخذت شكل الوقف.

جاء القانون المدنى الجديد متضمناً تنظيماً عاماً

للأشخاص الاعتبارية وبيان أنواعها المختلفة ، كما تضمن تنظيماً خاصاً لأهم الأشخاص المعنوية الخاصة وهى الشركات والجمعيات والمؤسسات ثم تم اعادة تنظيم تلك الأشخاص عدة مرات بتشريعات خاصة .

المبحث الثانى

طبيعة الشخص الاعتبارى

تشعبت النظريات وتعددت الاتجاهات بصدد تحليل طبيعة الشخص الاعتبارى . ويمكن رد هذا الخلاف الى ثلاثة نظريات : الأولى ترى أن الشخصة الاعتبارية هى مجرد مجاز وافتراض ، الثانية تنكر وجود الشخصية الاعتبارية ، الثالثة ترى فى الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية .

(أ) نظرية الشخصية الافتراضية

Théorie de la personnalité fictive

تقوم هذه النظرية على أن الانسان هو محور القانون ، وتثبت له وحده الشخصية القانونية . فالحق ، لدى أنصار هذه النظرية ، هو سلطة ارادية لا تثبت إلا للانسان لأنه وحده صاحب الادراك والارادة .

لا شك ان القانون يعترف ، أحياناً ، لغير الانسان بالشخصية ، وذلك بالنسبة لجماعات الأشخاص والأموال التى ترمى الى تحقيق مصالح جماعية ، حتى يثبت لها صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . يتوصل المشرع الى ذلك عن طريق حيلة صناعية بحته وافتراض قانونى محض بتشبيه هذه الجماعات بالانسان . فإرادة المشرع هى التى تصنع هذه الشخصية الاعتبارية تحقيقاً

للأغـراض الانسانيـة أو الاجتـماعيـة أو الاقتصـادية التى تـهدف اليهـا . فالشـخص المـعنوى ليس له وجود حـقيقى كـالانسـان ، ولا يمكـن أن يكون سـوى تحـايل ومجـاز يخـالف الـواقع . ولا يمكن أن يـقـع هـذا المجاز إلا إذا تـدخل المشـرع وجـعـل منـه شخصاً قانونياً .

ويترتب على هذه النظرية عدة نتاج :

١- التسليـم للدولـة بالسلـطان المطلـق على الجـماعـات ، واطلاق يـد المشـرع بـالنسبـة لـهـا حيـث يكـون له وحـده مـنح الشـخصية القـانونية للبـعض منها دون الآخر ، وهـو صاحب السلطة فى بقائها وسحب اعترافه بها .

٢- يستطيع المشرع تقييـد أهلية الشخص المعنوى والحد من حـقوقه فى نـطاق الغرض من وجـوده أى تخصـيصه بـهذا الغـرض وحده ، وهـذا مـا يسمى بمبـدأ التخـصيص ، حـيث لا يجوز للشـخص المعنوى أن يباشر من الأعمال والتصـرفات إلا ما يلزم لتحقيق غرضه .

٣- يمتنـع تقريـر مسـئوليـة الشـخص المعنـوى الجنائيـة والمدنيـة لأن القـصد الجـنائـى والخطأ الـشخـصـى يقـتضـيـان الادراك والوعـى والارادة ، وتلك أمـور لا يتـصـوّر نسـبـتهـا الى شـخص اعتبارى افتراضى ليس له وجود حقيقى .

تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات أهمها :

١- ان الشـخـصـية فـى نظر القـانون لا تثبت لـلانسـان وحـده ، وانما تـثبت لـغيـره مـن الكائنات المـنظـمـة فى شـكل جماعات من الأفراد والأمـوال التى ترمى الى تحـقيق مـصالح مـعيّنـة . ذلك أن المدلـول القـانونى لـلشـخصـيـة يعنـى مجـرد الصـلاحية لاكتساب الحقـوق والتحمل بالالتزامـات ، ومناط هذه الصـلاحية هى القيـمة الاجـتماعية التـى توجد بالانسان

وغيره من الجماعات المنظمة ، ومدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقاً من مدلوله فى الفلسفة وعلم النفس .

٢- ترتكز هذه النظرية على النزعة الفردية وما تحمله من عداء سافر للجمعيات التى تتوسط بين الفرد والدولة . وتستند أيضاً الى تعريف معيّن للحق بأنه سلطة أو قدرة ارادية . وقد سبق انتقاد هذه النزعة .

٣- ان الافتراض لا يمكن أن يخلق من العدم وجوداً ، ولا يمكن أن يفسّر لنا مشكلة تحديد من يُعتبر مالكاً لأشياء غير مملوكة لانسان ، فكل مال أو حق يجب أن يكون له صاحب ، والقول بأن صاحبه هو ذلك الشخص الافتراضى الذى لا وجود له فى الحقيقة ، يعنى فى الواقع أن هذه الأموال سائبة لا مالك لها .

٤- يؤدى الأخذ بهذه النظرية اعتبار الدولة شخصاً صناعياً افتراضياً وهمياً . وتلك نتيجة خطيرة لأنه إذا كانت الشخصية المعنوية مجرد مجاز تخلقه الدولة ، فمن الذى خلق شخصية الدولة ذاتها ؟ ودعى ذلك الحرج أنصار تلك النظرية الى الاعتراف بأن الدولة تعتبر شخصاً حقيقياً على سبيل الاستثناء .

٥- يعيب هذه النظرية أنها تعرقل حرية تكوين الجماعات رغم فائدتها ومشروعية الغرض منها ، فمهما كان الغرض مشروعاً فإن وجود الجماعة ومنحها الشخصية القانونية يتوقف على ارادة الدولة وحدها .

(ب) انكار الشخصية المعنوية

ذهب بعض الفقهاء الى انكار فكرة الشخصية المعنوية الافتراضية والاستعاضة عنها بأفكار أكثر اتساقاً مع المنطق والواقع ، وهم فى هذا فريقان :

١- نظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض : يرى البعض الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتبارى والوقوف عند الغرض المقصود من قيام جماعة من الأشخاص أو رصد مجموعة من الأموال . فهذا الغرض يكفى فى ذاته كمركز تستند اليه الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط هذه الجماعات بحيث تكون ذمة مستقلة عن أعضائها أو المنتفعين بها .

ان هذه الحقوق والالتزامات تشكل ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحدة الغرض الذى خصصت له دون أن تستند فى وجودها الى شخص ما . وتختفى بذلك الغاية العملية من الأخذ بفكرة الشخص الاعتبارى .

وعيب هذه النظرية أن الحقوق والواجبات ، وهى عناصر الذمة المالية ، لا يمكن أن تقوم استقلالاً وانما تثبت بالضرورة لشخص أو عليه . ولا يمكن التسليم بوجود حقوق دون صاحب حتى ولو كانت مخصصة لغرض معيّن . أضف الى ذلك أن نظرية الشخصية المعنوية تفضل نظرية ذمة التخصيص لأنها تستوعب كافة أوجه النشاط المالى وغير المالى التى تسمح بها طبيعة الشخص المعنوى .

٢- نظرية الملكية المشتركة : ذهب البعض الى استبعاد فكرة الشخصية الاعتبارية ، ووجدوا فى فكرة الملكية الجماعية أو المشتركة propriété collective بديلاً يغنى عنها ، على أساس ان الشخصية لا تثبت إلا للانسان ، فهو وحده الذى يمكن أن يكون صاحب الحق ، أما فكرة الشخص المعنوى فمحض خيال لا أساس لها من الواقع والحقيقة .

وتعنى الملكية المشتركة أن هناك مالاً أو مجموعة أموال مملوكة لعدة أشخاص فى آن واحد . يملك هؤلاء الأشخاص المال لا ملكية فردية ولا ملكية شائعة ولكن ملكية مشتركة أى

ملكية تابعة لمجموعة من الناس كأنها فرد واحد ، فمجموع الأفراد هو الذى يملك المال . ولا يكون لأى منهم الانفراد بالتعامل فى هذا المال أو طلب افراز حقه أو التصرف فيه أو تقسيمه ، وانما يتعامل فى شأنه بالاتفاق مع الآخرين . ولا يوجد شخص اعتبارى مع مجموع الملاك حيث تظل شخصيتهم ظاهرة باعتبارهم ملاكاً بالاشتراك فى مال معيّن، وهذا المجموع هو الذى يُسند اليه الحقوق والالتزامات.

ويعيب هذه النظرية أنها تستند الى نظام قديم لم يعد معروفاً فى الوقت الحاضر ، فالقانون المعاصر لا يعرف الملكية المشتركة ، فهو لا يعرف إلا الملكية الفردية والملكية الشائعة .

ثم ان هذه النظرية تهتم فى نظرتها الى الشخص الاعتبارى بالمال وحده ، فى حين ان المال لا يشكل العنصر العام فيه فى كثير من الحالات ، كما هو الحال بالنسبة للدولة بما لها من حقوق السلطة وما تسعى اليه من أغراض غير مادية . وكذلك الحال بالنسبة للنقابات والجمعيات العلمية والثقافية والاجتماعية .

وأخيراً فإن فكرة الشخصية المعنوية تعنى استقلال الشخص الاعتبارى عن الأفراد المكوّنين له ، واستقلال ذمته عن ذممهم ، وهذا الأمر لا يمكن أن تحققه بذاتها فكرة الملكية المشتركة .

(جـ) نظرية الشخصية الحقيقية

Théorie de la personnalité réelle

يستقر جمهور الفقه الحديث على اعتبار الشخصية المعنوية حقيقة واقعية كائنة . إذ تنشأ ارادة مشتركة نتيجة اجتماع عدة أفراد لتحقيق غرض معيّن مشروع . وهذه

الارادة تكون منفصلة ومستقلة عن ارادات المكوّنين للشخص الاعتبارى ، وتوجد هذه الارادة ، وتكون صالحة لاكتساب الحقوق والالتزامات قبل تدخل الدولة . ويقتصر دور الدولة على الاعتراف بوجود الشخص المعنوى ومراقبة مشروعية نشاطه وتنظيمه دون انشائه أو خلقه .

ويختلف أنصار هذه النظرية فيما بينهم حول أساس وجود هذه الارادة :

١- يرى البعض تشبيه تكوين الشخص المعنوى بالشخص الطبيعى ، وتلك هى النظرية العضوية أو الحيوية Théorie organique ou biologique. فكما ان الشخص الطبيعى يتكوّن من خلايا ، فإن الشخص الاعتبارى يتكوّن بدوره من خلايا تتمثل فى الأفراد المكوّنين له . وإذا كانت ارادة الفرد تصدر نتيجة تفاعل خلاياه فإن ارادة الشخص المعنوى وقراراته تنبع عن نشاط خلاياه المتمثلة فى الأفراد المكوّنين له.

ويعيب هذا الاتجاه قيامه على التصوير المجازى الخيالى المخالف للحقيقة والواقع . ولا يكفى مجرد تجمع الخلايا لقيام الشخصية . فالنباتات والحيوانات تتكوّن من خلايا ، ومع ذلك لا تثبت لها الشخصية القانونية .

٢- ويرى البعض ان صلاحية الشخص المعنوى لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات مردها تمتعه بارادة خاصة كالشخص الطبيعى . وتلك هى نظرية الارادة . يتمتع الشخص الاعتبارى بارادة جماعية تتكوّن من ارادات مكونية ، وهى ارادة جديدة مستقلة ومتميّزة عن ارادة الأعضاء .

ويعيب هذه النظرية أنها تستند الى تعريف الحق بأنه قدرة أو سلطة ارادية . وقد سبق انتقاد ذلك التعريف . وهى تحاول خلق تماثل أو تطابق بين الشخص الطبيعى ،

والـشـخـص المعـنـوى وخـاصـة فـى الارادة ويـدخـلـنـا ذلك فـى معـايـيـر نفسـيـة تـخـرج عن دائـرة القانـون . أضف الى ذلك أن الارادة لـيـست هـى مـنـاط الـشـخـصـيـة ، لـذلك تـعـجـز هـذه النظريـة عن تفسيـر اعطاء الشـخـصية لغـيـر جماعـات الأفراد (جـمـعـيـات وشـركـات) ، أى لمجـمـوعـات الأمـوال كـالأوقـاف والمؤسسات .

٣- يرى الـبـعـض أن أسـاس الحق هـو المـصـلـحـة ولـيـست الارادة ، فالحـق مصلحـة يحـمـيهـا القانـون . وتلك هـى نـظـرية المصلحة الجماعية ، فالمصالح قد تكون فردية أو جماعية تتمثل فى تنظيم معيّن يحقق لها كيانـاً مستقلاً عن المصالح الخاصة لأفـراد هذا التنظيم . والـشـخـص الاعـتـبـارى كـائـن اجـتـمـاعى يقوم على تحـقـيق مـصـالح عمـلـية هامة كالشـخـص الـطـبيعـى . ومادام الشخص المعنوى يتكوّن بهدف تحقيق مصالح معيّنة ، فمـن الـضـرورى أن يـحـمـى القانـون هـذه المـصـالـح ويرفعـهـا الى مرتـبة الحـقـوق ، ويتـعـين عـلـيه بالتـالى أن يعـطى الشـخـصـية القـانونيـة لأصـحـاب تلك المصـالح مـادامت مشـروعة وجـديرة بالحماية .

ويعـيب هذه النظـرية أنها تـرتكن عـلـى تعريف الحـق بأنه مـصـلـحـة يـحـمـيـهـا القـانون وقـد سـبـق التـعـرّض لنـقـد هذا التعريف. ويؤدى ربط الشـخـصيـة بذلك التعريف الى حصـرها فى صـاحب المصلـحـة أو المتـمـتع بـالفـائـدة أو المنفـعة ، ويتـرتب على ذلك عـدم ثبوت الشـخـصيـة لجماعات الأفـراد ومجمـوعة الأموال ككل ، بل تثبت للأفراد المكونين لها أو المنتفعين بها .

٤- يرى البـعـض ان الشـخـص المعنوى عـبـارة عن تـنـظيم قانونى يرمى الـى تحقيق غرض معيّن . هـذا التـنظيم له وجود ذاتى مستقل وحقيقى وتتوافـر لديه صلاحية اكتساب الحقوق

والتحمل بالالتزامات . ويكون صاحب الحق فى جماعات الأشخاص هو مجموعة الأفراد المندمجة فى كائن واحد جديد قائم بذاته . وفى مجموعات الأموال يكون صاحب الحق هو المؤسسة ذاتها كالملجأ أو المستشفى . وتلك هى النظرية الاجتماعية أو نظرية التنظيم القانونى .

وطبقاً لهذا النظرية فإن التنظيمات القانونية فى الجماعة هى كائنات معنوية ، ولكنها حقيقة اجتماعية لها وجود حقيقى، ويعترف بها القانون ، ويمنحها الشخصية القانونية ، كالانسان ، وبالتالى صفة صاحب الحق ، ويخلع عليها الأهلية القانونية لأنها أعدت لتحقيق مصالح الانسان ، وتمثل قيمة اجتماعية معيّنة .

ويعيب هذه النظرية أنها تدور فى نفس محور النظريات السابقة من محاولة تصوير الشخص المعنوى على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وتحاول الوصول الى تلك الغاية عن طريق بناء شخصية الانسان نفسها على نسق شخصية الجماعات واعتبارها كذلك أحد الأنظمة القائمة على أهداف معيّنة بوسائل محددة وتنظيم معيّن بمعاونة واشتراك خلايا متعددة . أضف الى ذلك أن تلك النظرية يحوطها الكثير من الغموض ويفتقد معيار الشخصية لديها الى الدقة والتحديد .

(د) حقيقة الشخصية المعنوية

ان الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية اجتماعية لا مجال فيها للافتراض ، تحتل مكانة بارزة فى النظم القانونية المعاصرة . فهى أداة من أدوات الصياغة القانونية التى ترمى الى تحقيق هدف معيّن وهو تحقيق الوحدة والاستمرار فى نشاط قانونى يمس مركز واحد هو الشخص الاعتبارى ،

وتستقل تلك الروابط عن العلاقات الخاصة بالأفراد الداخلين فى تكوين هذا الشخص .

والشخصية القانونية تتمثل فى صلاحية كائن من الكائنات لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . هذا الكائن قد يكون الانسان ، وقد يكون له وجود معنوى شأن جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال كالشركات والجمعيات والمؤسسات حيث تتمتع بوجد وكيان مستقل عن كيان وذاتية أعضائها أو أصحابها . ولا يتمتع هذا الكائن المعنوى بالشخصية القانونية بمجرد وجوده . بل لا بد وأن يمثل قيمة اجتماعية معيّنة تستوجب تفرده بحياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . والمشرع وحده هو الذى يناط به منح هذا الكائن الشخصية وتنظيمها ذلك ان تقدير أهمية القيم ومدى تمشيها مع الحقائق الاجتماعية هو من وظيفة المشرع وحده .

يتضح من ذلك ان الشخص الاعتبارى لا يكتسب الشخصية القانونية إلا إذا توافرت له مقومات الشخص المعنوى التى يقتضيها القانون ، وتتمثل فى وجود جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، هذا الوجود له ذاتية واستقلال عن أشخاص مكونيه أو صاحبه . هنا بالاضافة الى وجود غرض يراد تحقيقه وتنظيم يكفل بلوغ هذا الغرض .

المبحث الثالث

مقومات الشخص الاعتبارى

ان وجود الشخصية المعنوية منطوط بتوافر مقومات أساسية من جهة ، واعتراف القانون بها من جهة أخرى . وتنتهى هذه الشخصية كذلك فى حالات معيّنة .

المطلب الأول

عناصر وجود الشخص الاعتبارى

يتوقف وجود الشخص الاعتبارى على توافر عدة عناصر أساسية تتمثل فى :

١- جماعة من الأشخاص أو مجموع من الأموال ، أى أننا بصدد كائن جماعى وليد تجمع أفراد أو أموال ، يتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونيه أو منشئيه من الأفراد . ويتوافر وجود هذا الكائن بعمل ارادى يتمثل فى عقد بين مجموعة من الأشخاص يتفقون فيه على انشائه ، كما فى الجمعيات والشركات . وقد يتمثل العمل الارادى فى تصرف قانونى من جانب واحد ، كما هو الشأن فى حالة الوقف والمؤسسة ، حيث يتم تخصيص المال لتحقيق غرض معيّن بارادة منشئ الوقف أو المؤسسة .

٢- يجب أن يكون لجماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال هدف مشترك ثابت .ويلزم أن يكون هذا الهدف ممكناً ومشروعاً أى غير مخالف للنظام العام والآداب . وتتنوّع الغاية من الشخص المعنوى بحسب الأحوال ، فقد تتمثل فى تحقيق ربح مادى ، كما فى الشركات ، وقد يكون الغرض دينى أو أدبى أو خيرى أو علمى أو ثقافى ، كما فى الجمعيات والمؤسسات .

ولا بد أن يكون الهدف الذى قام الشخص الاعتبارى من أجل تحقيقه جماعياً يتمثل فى تحقيق مصلحة جماعية مستقلة عن المصالح الخاصة للأفراد . ويمكن أن يكون

الغرض المراد انجازه خاصاً ، لكن يُشترط الا يخص هذا الغرض فرد واحد ، أى لا يتعلق بمصلحة فرد معيّن . ذلك أن الأغراض الفردية تتنافى مع العلة من وجود الشخص الاعتبارى . وإذا تم انشاء الشخص الاعتبارى كشعار لاخفاء نشاط بعض الأشخاص أو حيلة لستر مصالح أفراد معيّنين ، فإنه يفقد مبرر وجوده ويكون بمثابة وجود صورى .

ويلزم أن يكون الغرض مستمراً أى مما يتطلب تحقيقه فترة زمنية ، سواء أكان بصفة دائمة كما فى الجمعيات ، أو لمدة غير محددة كما فى المؤسسات . فمن السمات الأساسية للشخص الاعتبارى الاستمرار حيث يدوم بدوام الغرض . ويعجز الفرد وحده عن تحقيق ذلك الغرض ، نظراً لأن هذا يتجاوز حدود طاقته فى المكان والزمان ، ولا بد لذلك من شخص قانونى يتمتع بنوع من الاستمرار ، لأن الغالب الا يقتصر الأمر على تمثيل مصلحة جيل واحد من الأفراد بل يتعلق الأمر بمصالح عدة أجيال متعاقبة ، وإذا كان الغرض عرضياً يمكن تحقيقه دفعة واحدة ، فإنه لا يكفى لوجود شخص معنوى مستقل . فاتفاق مجموعة من الأشخاص على القيام برحلة معيّنة فى مقابل اشتراكات جمعت منهم لا يجعل من هذا التجمع شخصاً معنوياً .

٣- يجب أن يكون هناك تنظيم يضمن حسن سير العمل ويكفل مباشرة الشخص المعنوى لنشاطه . فلا بد من وجود ارادة منظمة تعمل على تحقيق أغراضه ، وأن تكون هذه الارادة مستقلة عن ارادة المكوّنين له . وطبقاً لهذا التنظيم يتم تعيين الهيئة أو الهيئات التى تمثل الشخص المعنوى وتعبّر عن ارادته وتعمل لحسابه .

المطلب الثانى

اعتراف القانون بالشخص الاعتبارى

يترتب على توافر العناصر والمقومات السابقة وجود كائن واقعى ، أى أن الشخصية تقوم من حيث الواقع ، ولكنها لا توجد قانوناً . إذ لا بد من اقرار القانون واعترافه بهذا الكائن حتى يولد قانوناً ويكتسب الشخصية القانونية(١) . يلزم تدخل المشرع لخلع الصفة الاعتبارية على التنظيم القانونى الذى تتوافر فيه المقومات والعناصر السابقة . والاعتراف لا يعنى خلق المشرع للشخص المعنوى من العدم ، بل هو اقرار بما توافر لهذا الكائن فى الحياة الاجتماعية من وجود حقيقى. وهذا الاعتراف ليس أمراً مفروضاً على المشرع بل ان مناطه توافر القيمة الاجتماعية للكائن الجماعى على نحو يؤهله لأن يكون شخصاً قانونياً مستقلاً يتمتع بأهلية اكتساب الحقوق والتحمّل بالالتزامات . ويقدر المشرع تلك المسألة على ضوء الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والفلسفة السائدة فى الجماعة .

---

(١) مفاد النص فى المادتين ٥٢ ، ٥٣ من القانون المدنى - يدل وعلى ما أوضحته مذكرة المشرع التمهيدى للقانون المدنى - على أن المشرع حرص على بيان الأشخاص المعنوية التى يعترف لها القانون بهذه الصفة بوضع ضابط عام يحول دون التوسع فى الاعتراف بالشخصية لجماعات لا تدخل فى فريق أو آخر من الفرق التى يتناولها النص بذاتها لا بد فيه من نص خاص ، كما أن الخصائص الذاتية للشخص المعنوى والتى وردت فى المادة ٥٣ هى خصائص يستعان بها للتفريق بين مجموعات الأشخاص أو الأموال التى توجد فى حكم الواقع ونظيرها من المجموعات التى يعترف القانون بكيانها ويثبت لها صلاحية الوجوب فى الحدود اللازمة لمباشرة نشاطها فيكون شانها فى هذه الحدود شأن الأشخاص الطبيعيين .

(الطعن رقم ١٥٧٧ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/٦/٤) .

والاعتراف بالشخص المعنوى إما أن يكون صريحاً ، وإما أن يكون ضمنياً . وهو قد يقع بطريق الاعتراف العام أو بطريق الاعتراف الخاص .

والاعتراف العام يتم عن طريق تنظيم قانونى عام sys-teme de réglementation légale يضع المشرع شروطاً عامة إذا ما توافرت فى أى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية القانونية بقوة القانون ، دون حاجة الى ترخيص أو إذن من المشرع فى كل حالة على حدة . فالاعتراف العام هو اعتراف غير مباشر ينشأ عن طريق وضع تنظيم قانونى سابق لنماذج معيّنة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال . فالمشرع يبيّن طوائف الجماعات أو المجموعات التى يعتبرها ذات شخصية اعتبارية ثم يبيّن شروط تكوينها الموضوعية والشكلية كالكتابة أو الشهر والتسجيل . فإذا توافرت هذه الشروط فى إحداها اكتسبت الشخصية المعنوية بقوة القانون .

والاعتراف الخاص يتمثل فى نظام الاذن أو الترخيص Système d'autorisation ويقصد به صدور ترخيص أو إذن خاص من المشرع ، أو السلطة التى يخوّلها ذلك ، بقيام الشخصية الاعتبارية فى كل حالة على حدة . هنا يقال أن الاعتراف بالشخصية اعتراف مباشر وفردى ، يترتب عليه نشوء الشخصية المعنوية من تاريخ صدور القرار من إحدى سلطات الدولة وليس من تاريخ تكوينها .

ويجمع المشرع عادة بين طريقىّ الاعتراف . وكقاعدة عامة فإن الاعتراف العام هو الأصل ، حيث ينشأ الشخص المعنوى منذ تكوينه مستوفياً الشروط القانونية ، دون حاجة

الى صدور ترخيص خاص بذلك . كما هو الحال فى الشركات والجمعيات والمؤسسات أما الهيئات والطوائف الدينية فقد اشترط القانون الاعتراف الخاص بها . وكذلك كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال لم ينص عليها المشرع لا تكتسب الشخصية القانونية إلا بمقتضى ترخيص خاص[1] .

المطلب الثالث

انقضاء الشخص المعنوى

(أ) أسباب الانقضاء :

هناك عدة أسباب لانقضاء الشخص المعنوى تتمثل فى :

أولاً - ينقضى الشخص المعنوى بطريقة طبيعية فى عدة حالات : انتهاء الأجل المحدد فى سند انشائه ، كما لو أنشئت شركة أو جمعية لمدة معيْنة . وتنتهى الشخصية كذلك بتحقيق الغرض الذى قام الشخص المعنوى من أجله أو باستحالة هذا التحقيق . كما تنتهى الشخصية بموت كل

---

(١) م ٥٢ مدنى .

إن مناط ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية ، كالأزهر والبطريركية هو باعتراف الدولة اعترافاً خاصاً بها ، بمعنى أنه يلزم صدور ترخيص أو إذن خاص بقيام الشخصية المعنوية لكل هيئة أو طائفة دينية ، وهو اعتراف مباشر وفردى على خلاف الاعتراف الذى يتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطاً عامة متى توافرت فى جماعة من الأشخاص أو من مجموعة من الأموال اكتسبت الشخصية المعنوية بقوة القانون ، ولا يشترط أن يكون الاعتراف بقانون بل يكفى فيه أن يكون مبنياً على إذن وتصريح واضحين من قبيل المصادقة على من يمثل الجهة الدينية أو طبقاً لما جرى عليه العُرف .

(نقض ١٩٧٨/٣/٢٩ س٢٩ ص٩٦٧) .

أعضاء الشخص المعنوى إذا كان جماعة من الأشخاص ، أو انقراض كل المنتفعين بغرضه إذا كان مجموعة من الأموال ، أو انخفاض عدد أعضائه الى أقل من الحد الأدنى الواجب توافره .

ثانياً - ينقضى الشخص المعنوى بطريقة اختيارية ، إذا كان جماعة من الأشخاص فى حالة اجماع أعضائه على حله أو صدور قرار بذلك من الأغلبية المبيّنة فى القانون أو النظام الأساسى .

ثالثاً - ينقضى الشخص المعنوى اجبارياً وذلك بمقتضى عمل من جانب الدولة :

١- فقد يكون الحل اجبارياً بقرار من السلطة التشريعية، كما فى حالة تأميم مشروع من المشروعات ، وكما فعل المشرع المصرى بالنسبة لالغاء الأوقاف الأهلية .

٢- وقد يتم الحل الاجبارى بقرار من السلطة التنفيذية أو الادارية بسحب الترخيص والاعتراف من الشخص المعنوى إذا وجد من الأسباب ما يبرر الحل .

٣- وقد يكون الحل اجبارياً عن طريق القضاء بصدور حكم بالحل لمخالفة الشخص الاعتبارى القانون أو النظام العام أو لوجود مسوغ يبرر ذلك .

(ب) آثار الانقضاء :

يترتب على انقضاء الشخص المعنوى انتهاء شخصيته القانونية . والانقضاء إما أن يكون كاملاً أو بحلول شخص آخر محله :

١- فإذا انتهى الشخص المعنوى كلية ، انتهت صلاحيته

كمركز للحقوق والالتزامات ، ويتم تصفية ذمته المالية فتُسدد ديونه من أمواله وحقوقه . وفى هذه الحالة تظل الشخصية القانونية قائمة بالقدر اللازم لاتمام التصفية . وإذا تبقى بعد التصفية بعض حقوق وأموال الشخص المعنوى ، فإنها توزع طبقاً لما هو مقرر فى سند انشائه أو قرار الحل أو ما ينص عليه القانون . ويلاحظ أن القانون يقضى بتوزيع المتبقى من الحقوق على الأعضاء أو الشركاء فى حالة الأشخاص التى تستهدف تحقيق الربح كالشركات . أما الأشخاص المعنوية التى لا تستهدف تحقيق الربح كالجمعيات والمؤسسات ، فإن المتبقى من الحقوق بعد التصفية يؤول عادة الى شخص معنوى أخر وفقاً لما يقضى به النظام أو قرار الحل أو حكم القانون .

٢- وقد يكون انقضاء الشخص المعنوى بقصد تجزئته الى عدة أشخاص معنوية ، أو بقصد ادماجه فى شخص معنوى أخر أو ضمه اليه . هنا يحل الشخص المعنوى الناشئ عن التجزئة أو الاندماج محل الشخص المنتهى ، ويخلفه فى حقوقه والتزاماته حيث يتم ذلك عن طريق الحوالة . مثال ذلك ادماج شركة فى أخرى أو ضمها اليها ، أو تقسيم جمعية الى عدة جمعيات .

الفصل الثانى

خصائص الشخصية الاعتبارية

إذا نشأ الشخص المعنوى وثبتت له الشخصية القانونية فإنه يصبح صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمّل بالالتزامات وتتوافر له مميّزات الشخص القانونى على نسق الشخص الطبيعى . ولكن نطاق الشخصية الاعتبارية ومميزاتها تختلف عن الشخص الطبيعى من حيث طبيعة كل منهما وتكوينه . ويتضح ذلك من خلال بيان نطاق الشخصية المعنوية واستعراض مميزاتها .

المبحث الأول

نطاق الشخصية الاعتبارية (الأهلية)

يمكن رسم حدود الشخصية القانونية للشخص الاعتبارى من خلال بيان كل من أهلية الوجوب ، أهلية الأداء ، المسئولية .

المطلب الأول

أهلية وجوب الشخص المعنوى

رأينا أهلية الوجوب تتمثل فى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمّل بالالتزامات . وتتوافر تلك الصلاحية لكل من الشخص الطبيعى والشخص المعنوى ، حيث تثبت الشخصية القانونية لكل منهما ، ولكنهما يختلفان فى مدى هذه الصلاحية لأنهما يختلفان فى نطاق أهلية

الوجوب لاختلاف طبيعة وتكوين كل منهما ، فأهلية وجوب الشخص الاعتبارى أضيق نطاقاً منها لدى الشخص الطبيعى. ويتضح ذلك من خلال وجود قيدان على أهلية وجوب الشخص المعنوى :

(أ) الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان :

يتمتع الشخص الاعتبارى بجميع الحقوق إلا ما كان منهما ملازماً لصفة الانسان الطبيعية ، وذلك فى الحدود التى قررها القانون، فلا تثبت للشخص المعنوى وعليه الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، وانما تثبت له فقط الحقوق والالتزامات التى تتلائم وتسمح بها طبيعته .

فلا يتصوّر أن تثبت للشخص المعنوى حقوق الأسرة ، كحقوق الزوجية أو الحقوق الناشئة عن القرابة ، كالارث والنفقة والنسب . ولا تثبت له كذلك الحقوق اللصيقة بجسم الانسان مثل حقه فى حماية بدنه . ولكن تثبت للشخص المعنوى حقوق الشخصية التى تتعلق بالكيان الأدبى كالحق فى السمعة والحق فى الاسم .

والأصل أن الحق الأدبى للمؤلف على مصنفه قاصر على الانسان لأنه من حقوق الشخصية التى تتعلق بالكيان المعنوى للشخص ، فالانتاج الذهنى يتعلق بالانسان وحده ، إذ هو وليد تفكير عقلى لا يتوافر للشخص الاعتبارى . ولكن المشرع يقرر ذلك الحق للشخص الاعتبارى ، على سبيل الاستثناء انطلاقاً من بعض الاعتبارات العملية على المصنف الجماعى كما رأينا من قبل .

(ب) مبدأ التخصيص :

يتمتع الشخص الطبيعى ، كقاعدة عامة ، بحرية ممارسة

كافة الأنشطة دون التقيّد بأهداف معيّنة مادام لا يخالف النظام العام والآداب ، حيث تتوفر له الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات عامة دون تحديد .

أما الشخص المعنوى فيوجد لتحقيق هدف أو غرض معيّن ، وينحصر نشاطه فى الحدود التى يقتضيها هذا الهدف، ولا يصلح ، بالتالى ، لكسب الحقوق والإلتزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق ذلك الغرض . وهذا ما يُعرف بمبدأ التخصيص Le principe de la spécialité . ذلك أن أهلية وجوب الشخص الاعتبارى تتحدد بما يتفق وطبيعته من جهة ، وفى اطار الغرض الذى أنشىء من أجله من جهة أخرى . وهو لا يتمتع بالشخصية القانونية إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغرض المرسوم والغاية المحددة من انشائه ، وفى الحدود اللازمة لمباشرة نشاطه . وتنحصر صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الغرض من حقوق والتزامات .

ويتحدد غرض الشخص الاعتبارى بمقتضى نظامه الأساسى ، وهذا هو التخصص النظامى spécialité statuaire . وقد يتولى القانون تحديد هذا الغرض ، وهذا هو التخصص القانونى spécialité légale . فالقانون يضع النماذج العامة لتخصص الأشخاص الاعتبارية ، كالشركة تتجه نحو الربح بينما تتخصص الجمعية بغرض غير الربح المادى ، وتتخصص المؤسسة بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام . ويتولى النظام الأساسى للشخص المعنوى بيان الغرض الخاص به ، كتخصص شركة بصناعة أو تجارة محددة ، أو جمعية بنشاط علمى أو رياضى معيّن أو مؤسسة برعاية اليتامى .

ولا يجوز للشخص الاعتبارى أن يتعدى الغرض الخاص

به طبقاً لما هو محدد فى القانون أو فى نظامه الأساسى(١) ، فلا يجوز ، مثلاً ، لجمعية أن تباشر الأعمال التجارية أو تدخل فى مضاربات مالية . ولا يجوز لنقابة عمال أن تشتغل بالمسائل السياسية أو الدينية . ويتمثل جزاء المخالفة ، غالباً ، فى جواز حل الشخص الاعتبارى . فيجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية إذا تصرفت فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها(٢) .

المطلب الثانى

أهلية أداء الشخص المعنوى

ان مناط أهلية الأداء هو توافر كامل الارادة والتمييز للشخص كى يكون صالحاً لمباشرة الأعمال والتصرفات القانونية بنفسه . ويثبت ذلك للانسان وحده ، باعتبار ما لديه من قدرة ارادية ، فليس للشخص الاعتبارى أهلية أداء على النحو الذى تثبت به للانسان . لذلك ينبغى فهم أهلية أداء الشخص المعنوى بالمعنى الذى يتفق وطبيعته ، فيقصد بها تحديد مدى النشاط الارادى المعترف به للشخص الاعتبارى لتحقيق أهدافه ، دون اشتراط الارادة لديه والاكتفاء بارادة ممثليه . وتتحدد أهليته بالقيود وفى الحدود التى يعيّنها سند انشائه أو يقررها القانون .

يباشر الشخص المعنوى نشاطه عن طريق من يمثلونه

---

(١) ولا يعد خروجاً على مبدأ التخصيص مباشرة الشخص المعنوى لعمل أو نشاط مغاير لغرضه ، طالما كان ذلك من مستلزمات الغرض الأصلى أو من مكملاته . كالمصنع الذى ينشىء مستشفى لعماله أو دار حضانة لأبناء العاملين فيه .

(٢) م ٥٣ مدنى ، م ٥٧ من القانون ١٩٦٤/٢٣ .

من الأفراد والأجهزة ، كالمدير أو مجلس الادارة أو الجمعية العمومية . وتنصرف آثار ممثليه اليه مباشرة . وكل من هؤلاء الأشخاص الطبيعيين يستمد سلطته فى تمثيل الشخص الاعتبارى وممارسة النشاط الخاص به ، من سند انشائه(١) . وهذا التمثيل أمر دائم ومفروض بقوة الأشياء ويحكم طبيعة الشخص المعنوى ، وهو جزء من كيانه لا ينفصل عنه . ويتسع التمثيل ليستوعب كل صور النشاط المادى والتصرفات القانونية التى يحتاجها الشخص الاعتبارى . ويكون الشخص المعنوى مسئولاً مسئولية أصلية ومباشرة عن الأعمال التى تصدر من ممثليه مادامت هذه الأعمال قد صدرت فى حدود سلطتهم فى العمل لحسابه .

المطلب الثالث

مسئولية الشخص المعنوي

يجب التفرقة بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية :

(أ) المسئولية المدنية للشخص المعنوى :

يُسأل الشخص الاعتبارى مسئولية مدنية عن الأعمال التى تصدر من ممثليه أو أعضائه أو أجهزته ، مادامت هذه الأعمال قد صدرت فى حدود ما لهؤلاء من سلطة العمل لحساب الشخص المعنوى ، أى أن تكون قد ارتكبت بسبب أو بمناسبة ممارسة النشاط لحسابه وفى حدود إختصاص هؤلاء

---

(١) مفاد ما نصت عليه المادة ٥٣ من القانون المدنى الا يحاج الشخص الاعتبارى باية أعمال قانونية توجه الى غير ممثله القانونى طبقاً لسند انشائه فإن حوالة الحق لا تنفذ قبَل الشخص الاعتبارى المحال عليه ولا يحاج بها إلا إذا قبلها ممثله القانونى أو أعلن بها .

(نقض ١٩/٣/١٩٩٠ طعن ١٨٨٢ س٥٢ق) .

الممثلين وبموجب صفتهم التمثيلية . ويُسأل الشخص المعنوى عن هذه الأعمال مسئولية أصلية ومباشرة ، حيث يُنسب الخطأ اليه ذاته ، وتنصرف الآثار اليه مباشرة(١). مثال ذلك اخلال الشركة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ، حيث يعد ذلك خطأ عقدياً يثير مسئوليتها التعاقدية . وكقيام الشركة بمنافسة تجارية غير مشروعة أو تقليد علامة تجارية أخرى ، حيث يعد ذلك خطأ يستوجب مسئوليتها التقصيرية .

ولا يُسأل الشخص الاعتبارى عما يقوم به ممثله من نشاط شخصى خاص به ، أو يجاوز اختصاصه وحدود تمثيله، حيث ينصرف أثره الى مرتكبه وحده ، ويتحمل المسئولية عن خطأه الشخصى(٢) .

---

(١) ان الاعتراف بالأشخاص الاعتبارية وتقرير مساءلتها مدنياً عما يُسند اليها من أعمال غير مشروعة يُعتبر من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر وتُعتبر بالتالى من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

(نقض ١٩٦٤/٤/٢٥ س١٥ ص٨٦٨) .

(٢) وقُضى بأن الشخص الاعتبارى يُسأل عن الأخطاء التى يرتبكها ممثلوه بسبب ما يؤدونه لحسابه من أعمال ، ولا يُسأل عن أخطائهم الشخصية .

(نقض ١٩٨٢/٦/٣٠ طعن ٢٧٥ س٤٨ق.)

وقضت بأن انشاء هيئة عامة يُناط بها تشغيل وصيانة مرفق الكهرباء من أثره أنها تضحى المسئولة عن أوجه النشاط التى تزاولها فى ادارة المرفق وتشغيله مادامت هى المنوطة وحدها بعبء صيانة وتشغيل المرفق وتعتبر بهذه المثابة صاحبة السيطرة الفعلية عليه والمتولية حراسته ومن ثم تضحى هى المسئولة عما يحدث منه من أضرار .

(نقض ١٩٨٣/٢/١ س٣٤ ص٣٨٢) .

والخطأ المرفقى هو الخطأ الذى يُنسب الى المرفق حتى ولو كان الذى قام به مادياً أحد العاملين بالمرفق ويقوم الخطأ على أساس أن المرفق ذاته هو الذى تسبب فى الضرر لأنه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد التى يسير عليها سواء كانت هذه القواعد خارجية – أى وضعها المشرع ليلتزم بها المرفق أو داخلية سنّها المرفق لنفسه أو يقتضيها السير العادى للأمور .

(نقض ١٩٨٦/٩/١٦ طعن ٩٠٢ س٥١ق) .

ويجب التمييز فى تحديد مسئولية الشخص المعنوى المدنية ، بين الأعمال التى تصدر من ممثل أو عضو الشخص الاعتبارى حيث يُسأل عنها مباشرة كما رأينا ، وبين الأعمال التى تصدر عن تابعيه ، كالعمال والموظفين الذين يعملون لدى الشخص الاعتبارى ، فهولاء لا يمثلون الشخص المعنوى بل يعملون تحت اشرافه وإدارته أى تربطهم به رابطة التبعية كأجراء . فإذا وقع فعل خاطئ من أحد التابعين أثناء وبمناسبة العمل كان الشخص الاعتبارى مسئولاً عن اصلاح الضرر ولكن مسئوليته فى هذه الحالة مسئولية تبعية أساسها مسئولية المتبوع عن فعل التابع، كما لو أصاب سائق الشركة أحد المارة ، هنا تُسأل الشركة عن تعويض المضرور(١) .

(ب) المسئولية الجنائية للشخص المعنوى :

إذا ارتكب أحد ممثلى الشخص الاعتبارى فعلاً يُعتبر

---

(١) مؤدى نص المواد ١، ١٢، ١٨، ٢٠، ٣٣ من القانون ٥١ لسنة ١٩٦٩ بشأن الجمعيات التعاونية الزراعية أن الجمعية التعاونية الزراعية لها شخصية اعتبارية مما مقتضاه أن تكون لها عملاً بالمادة ٥٣ من القانون المدنى ذمة مالية مستقلة كما أنْ لها حق التقاضى ونائب يعبّر عن ارادتها . لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون عليه الثالث وقت وقوع الحادث كان تابعاً للجمعية التعاونية الزراعية فتكون مسئولة عن الضرر الذى أحدثه تابعها بعمله غير المشروع طالما كان واقعاً منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها وفقاً للمادة ١٧٤ من القانون المدنى. لما كان ما تقدم وكان يشترط لقيام رابطة التبعية أن يكون للمتبوع على التابع سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه ، ومن ثم فإنه لا يغيّر من ذلك ما نصت عليه المادة ٥٢ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٦٩ من أن تباشر الدولة سلطتها فى الرقابة على الجمعيات التعاونية الزراعية بواسطة الوزير المختص ، لأن ذلك لا يُفقد الجمعية السالفة الذكر شخصيتها الاعتبارية . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأيد حكم محكمة أول درجة بصدد ما تضمنه من رفض الدفع المبدى من الطاعن – وزير الزراعة – بصفته – بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة بالنسبة له وما ترتب على ذلك من الزامه بأداء مبلغ التعويض المقضى به فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه فى هذا الخصوص .
(نقض ١٢/٩/ ٨٠ س٣١ ص٢٠١٦) .

جريمة جنائية ، فهل تثور مسئوليته الجنائية فى هذا الصدد .

من المسلّم به انعقاد المسئولية الجنائية لأعضاء الشخص الاعتبارى أو العاملين لديه عن أفعالهم الشخصية ولو ارتكبوها لصالحه أثناء القيام بالعمل ، كالقيام بتزوير بعض المستندات .

ولكن هل يُسأل الشخص الاعتبارى ذاته عن الجريمة التى يرتبكها هؤلاء وتوقع عليه العقوبة ، كالتهرب من دفع الضرائب ومخالفة القوانين المالية ، أو الاهمال فى صيانة المعدات والمنشآت اهمالاً يترتب عليه قتل الأشخاص .

يرى البعض عدم انعقاد المسئولية الجنائية للشخص المعنوى لأن أساس هذه المسئولية هو توافر الارادة لدى المسئول ، والشخص الاعتبارى لا ارادة له . والقول بهذه المسئولية يُعد خرقاً لمبدأ شخصية العقاب ، كما أن كثير من العقوبات لا يتصوّر توقيعها على الشخص الاعتبارى ، كالعقوبات المقيّدة للحرية .

ويذهب الفقه الحديث الى أنه ليس هناك ما يمنع من مساءلة الشخص المعنوى جنائياً عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة قيامهم بالعمل لحسابه ، ذلك أن هذا التمثيل يشمل كل من النشاط الارادى والمادى للشخص المعنوى ، مما يسمح باسناد المسئولية المدنية والجنائية اليه ، ولكن مع ملاحظة أن العقوبات التى توقع على الشخص المعنوى ينبغى أن تتفق مع طبيعته ، كالحل والاغلاق والمصادرة والغرامة .

وأياً ما كان الأمر ، فإن القاعدة فى القانون الجنائى ، ان المسئولية لا تقوم إلا بنص ، ومن ثم فإن الشخص الاعتبارى لا يمكن أن يُسأل جنائياً ، ولا توقع عليه عقوبة إلا فى الحالات

التى يرد بشأنها نص . وقد نص المشرع المصرى فى قانون الجمعيات والمؤسسات على مخالفات معيّنة يجوز حل الجمعية والمؤسسة بسببها. كما يجوز للجهة الادارية المختصة أن تقوم باغلاق مقر الجمعية أو المؤسسة أو فروعها أو أحدها لمدة محددة قابلة للتجديد ، وذلك كاجراء موقت حتى يفصل فى أمرها (١) .

المبحث الثانى

مميزات الشخصية المعنوية

يتميّز الشخص المعنوى بنفس الخصائص التى يتميّز بها الشخص الطبيعى ، وهى : الاسم ، الموطن ، الحالة ، الذمة المالية . ولكن طبيعة تكوين الشخص المعنوى والغرض منه يضفى على هذه الخصائص طابعاً خاصاً ومدلولاً مغايراً .

(أ) اسم الشخص المعنوى :

يكون للشخص المعنوى اسم يميّزه عن غيره من الأشخاص ، ويكون هذا الاسم بمثابة عنوان أو علامة خارجية تبرز شخصيته وتتيح تعيينه ومنع اختلاطه بغيره من الأشخاص الاعتبارية .

ويتطلب القانون تحديد الاسم أو العنوان عند انشاء الشخص الاعتبارى . ويحمى القانون حق الشخص المعنوى على اسمه ، ويكون لممثله دفع أى اعتداء عليه من قبِل الغير ، والمطالبة بالتعويض عما لحق الشخص من أضرار مادية أو أدبية نتيجة هذا الاعتداء .

---

(١) م ٧ ، ٨١ ، ٩٦.

ويتم اختيار الاسم ،عادة ، من الغاية التى يستهدفها الشخص المعنوى . فالاسم يُعبِّر عن الغرض الذى أُنشىء الشخص لتحقيقه . ويبدو هذا جلياً بالنسبة لأشخاص القانون الخاص المعنوية ، كما هو الشأن فى الشركات أو الجمعيات والمؤسسات . ولكن يحدث ، أحياناً ، وبالذات فى شركات الأشخاص ، أن يؤخذ اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتبارى كإسم له مع اضافة ما يفيد ذاتيته واستقلاله عن شخصية أعضائه . فشركات التضامن وشركات التوصية البسيطة مثلاً تسمى بأسماء الشركاء أو أحدهم .

وإذا اتخذ الشخص الاعتبارى اسماً تجارياً يمارس التجارة تحته ، كان لهذا الاسم ، فى هذه الحالة ، قيمة مالية ، ويكون قابلاً للتعامل فيه والنزول عنه بوصفه أحد العناصر المالية للمنشأة التجارية . ولكن لا يجوز التصرف فى الحق فى الاسم التجارى استقلالاً عن المحل التجارى بل يتم ذلك فى اطار التصرف فى المحل التجارى ذاته ، وذلك حماية للجمهور من اللبس والتضليل . والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للجمعيات والمؤسسات ، حيث يخرج الاسم عن دائرة التعامل لأن حقها عليه مجرد حق أدبى من حقوق الشخصية لا يجوز التعامل فيه .

(ب) موطن الشخص المعنوى :

يكون للشخص المعنوى موطن خاص به مستقل ومتميِّز عن موطن كل من أعضائه أو منشئيه . ويعد الموطن مقراً قانونياً يمكن مخاطبة الشخص فيه بالنسبة لما يتعلق بنشاطه على نحو يعتد به قانوناً ، ويحدد بمقتضاه الاختصاص المكانى للمحاكم بالنسبة له .

وكقاعدة عامة فإن موطن الشخص الاعتبارى هو المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته الرئيسى . ويُقصد بهذا المركز المكان الرئيسى لنشاطه القانونى والمالى والادارى ، وليس بالضرورة مركز الاستغلال الذى يمكن أن يوجد فى مكان مغاير لمركز الادارة .

وإذا كان للشخص الاعتبارى فروعاً فى أماكن مختلفة ، فإن مركز ادارة كل فرع يكون موطناً خاصاً بكل أعماله المتعلقة به ، وذلك تيسيراً على المتعاملين . يكون لفروع الشخص الاعتبارى موطن غير الموطن الرئيسى ، لذا يتصوّر تعدد الموطن بالنسبة للشخص المعنوى . وتطبيقاً لذلك يجوز رفع الدعوى الى المحكمة التى يقع فى دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك فى المسائل المتعلقة لهذا الفرع .

ونفس الحكم بالنسبة للشخص المعنوى الذى يكون مركزه الرئيس فى الخارج ، وله نشاط فى أرض الوطن ، حيث يعتبر مركز ادارته بالنسبة الى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية . فالشركة التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، يعتبر موطناً لها، بالنسبة الى القانون الداخلى ، المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية (١) .

(جـ) حالة الشخص المعنوى :

لا يتُصوّر أن تكون للشخص المعنوى حالة عائلية أو دينية كالشخص الطبيعى ، وانما تقتصر الحالة بالنسبة له على الحالة السياسية أى الجنسية ، وهى انتساب الشخص قانوناً لدولة معيّنة ، فللشخص الاعتبارى جنسية تربطه بدولة ما ،

(١) م ٥٣ مدنى و م ٥٢ مرافعات .

وتؤكد تبعيته لها . وتبدو أهمية معرفة الجنسية لتحديد القانون الذى يحكم الشخص المعنوى ، فقانون الجنسية هو الذى يحكم نشأته ونظامه ونشاطه وانقضائه وتحديد ما يتمتع به من حقوق . وقد تختلف جنسية الشخص الاعتبارى عن جنسية أعضائه أو مؤسسيه .

ويتم تحديد جنسية الشخص المعنوى ، فى بعض الدول ، استناداً الى عنصر التأسيس ، فتثبت للشخص المعنوى جنسية البلد الذى تأسس فيه وطبقاً لقانونه . وتأخذ الكثير من الدول بمعيار المركز الرئيسى الفعلى ، حيث تثبت للشخص الاعتبارى جنسية الدولة التى يوجد فيها مركز ادارته الرئيسى الفعلى . وهذا هو الحكم فى القانون المصرى. وعلى ذلك فإن النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت هذه الأشخاص نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يحكمها ، رغم وجود مركز ادارتها فى الخارج .

ويوجب المشرع على شركات المساهمة التى تؤسس فى مصر أن تكون مصرية وأن يكون مركزها الرئيسى مصر . وبالنسبة للجمعيات والمؤسسات ينبغى أن يشتمل نظام الجمعية على بيان مركز ادارتها ، على أن يكون هذا المركز فى مصر . ويجب أن يتضمن السند المنشىء للمؤسسة بيان مركزها . وتكون الجمعية أو المؤسسة مصرية متى نشأت طبقاً للقانون المصرى واتخذت مركزها فى مصر [1] .

(د) ذمة الشخص المعنوى :

يتمتع الشخص المعنوى بذمة مالية مستقلة عن ذمم

=

(١) م ١١ مدنى ، ٤١ تجارى ، م ٣ ، ٦٩ من قانون الجمعيات .

أعضائه أو مؤسسيه ، وتوجد تلك الذمة بمجرد اكتسابه الشخصية القانونية ، ومؤدى ذلك أن أموال الشخص الاعتبارى أو حقوقه تضمن الوفاء بديونه ، كما أن ديونه لا تضمنها إلا حقوقه . ومن ثم فإنه لا يجوز لدائنى الأعضاء أو المؤسسين التنفيذ بحقوقهم على أموال الشخص الاعتبارى لأنها ليست أموال مدينهم ، وليس لدائنى الشخص المعنوى الرجوع على الأموال الخاصة بأعضائه أو مؤسسيه .

ويترتب على ذلك أيضاً جواز مقاضاة الشخص المعنوى ، ويمكن أن يُقاضى دون حاجة الى مقاضاة كل عضو من أعضائه . يتمتع الشخص الاعتبارى بحق التقاضى ، حيث يمكن أن يكون مدعياً أو مدعى عليه ، وينصرف ذلك الى ذمته المالية.

ويرد على تلك القاعدة استثناء يتعلق بديون بعض الأشخاص المعنوية ، وهى الشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية بالنسبة الى الشركاء المتضامنين فيها ، حيث يُسأل الشركاء عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة . يضمن الوفاء بديون هذه الشركات أموالها بالاضافة الى أموال أعضائها ، أى أن الأموال الخاصة بالشركاء تعد ضمانة اضافية الى جانب أموال الشركة للوفاء بديون دائنيها . ولا يعنى ذلك اختلاط ذمة الشركة بذمة الشركاء ، بل تظل للشركة ذمتها المالية المستقلة ، لذلك لا يجوز لدائنى الشركاء التنفيذ على أموال الشركة .

متى ثبتت للمؤسسات الاجتماعية الشخصية الاعتبارية فإنه وفقاً للقواعد العامة – تكون هذه الشخصية مستقلة عن شخصية الأعضاء المشتركين فيها وتكون جنسيتها مستقلة كذلك عن جنسيتهم فمادام الطاعن قد سلم بالشخصية الاعتبارية للمؤسسة الاجتماعية المرفوعة عليها الدعوى (نادى سبورتنج) وكان هذا النادى قد أسس فى المملكة المصرية وفيها موطنه وميدان نشاطه فإن جنسيته تكون حتماً مصرية وتكون المحاكم الوطنية هى المختصة بنظر الدعوى التى ترفع عليه . (نقض ٢٠/٤/١٩٥٠ طعن ١٦٣ س١٨ق) .

الفصل الثالث

أنواع الشخص الاعتبارى

(أ) الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة :

تنقسم الأشخاص المعنوية الى أشخاص عامة وأشخاص خاصة . ويرجع هذا التقسيم الى تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، حيث يخضع الشخص الاعتبارى العام الى أحكام القانون العام ويخضع الشخص الاعتبارى الخاص لأحكام القانون الخاص .

ويصعب القول بمعيار حاسم للتفرقة بين الشخص المعنوى العام والشخص المعنوى الخاص ، كما هو الحال بالنسبة لصعوبة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص . ولعل السبب فى ذلك هو تزايد الدور التدخلى للدولة وقيامها بنشاط مماثل لنشاط الأفراد ، وفرض رقابتها على أشخاص القانون الخاص .

وتتعدد المعايير المقترحة فى هذا الصدد ؛ أولها قيام الشخص المعنوى العام بكل أو بعض وظائف السلطة العامة ، وهناك معيار طبيعة النشاط والغاية منه ومدى تعلقه بالصالح العام أو بالصالح الخاص ، وهناك معيار دور الدولة فى انشاء الشخص المعنوى ووضع نظامه الداخلى والاشراف على ادارته . والواقع أنه يصعب الاستناد الى معيار واحد فى هذا الصدد ، ويحسن الرجوع الى جملة معايير أو علامات للكشف عن توافر الصفة العامة أو الخاصة ، كمدى تمتعه بامتيازات السلطة العامة ، ودور الدولة فى انشائه وادارته والاشراف عليه .

(ب) الأشخاص المعنوية العامة :

تأتى الدولة والأجهزة الادارية التابعة لها على رأس الأشخاص الاعتبارية العامة . توجد الى جانبها وحدات الحكم المحلى الممثلة فى المحافظات والمدن والقرى .

وتوجد أيضاً الهيئات والمنشآت أو الموسسات العامة التى تنشئها الدولة وتمنحها الشخصية الاعتبارية لتقوم بأحد المرافق العامة ، كهيئة قناة السويس والجامعات وهيئة الكهرباء والمؤسسات الصحفية .

وتخضع الأشخاص الاعتبارية العامة لأحكام القانون العام، ومن ثم فهى تُدرَّس ضمن برامج القانون الادارى .

(جـ) الأشخاص المعنوية الخاصة :

وتنقسم الى مجموعات الأشخاص كالشركة والجمعية ، ومجموعات الأموال كالمؤسسه . رتنحصر الأشخاص الاعتبارية الخاصة فى الشركات والجمعيات والمؤسسات والأوقاف . ونعرض لها بايجاز .

المبحث الأول

الشركات

(أ) تعريف الشركة وأنواعها :

الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة .

والشركات نوعان : شركات مدنية وشركات تجارية . وفيصل التفرقة بين النوعين هو طبيعة العمل الذى تمارسه ، فالأولى تمارس أعمالاً مدنية بينما تحترف الثانية القيام

بأعمال تجارية . ومثال الشركات المدنية ، شركات استثمار الأموال عن طريق شراء العقارات واستغلالها ، لأن الأعمال المتعلقة بالعقارات تُعد أعمالاً مدنية . ولم يحدد المشرع شكلاً خاصاً للشركات المدنية ، فهى تنشأ بعقد بين الشركاء ، وتقوم على الثقة المتبادلة والاعتبار الشخصى بين الشركة ، ولذلك فهى تنحل بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو باعساره أو افلاسه . وإذا لم تفِ أموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون فى أموالهم الخاصة ، كل منهم بنسبة نصيبه فى خسائر الشركة (١) .

أما القانون التجارى فقد حدد أنواعاً مختلفة من الشركات، ويمكن تقسيمها الى طائفتين : ١- شركات الأشخاص وتقوم على الاعتبار الشخصى بين الشركاء ، وأهمها شركات التضامن وشركات التوصية .

٢- شركات الأموال وتقوم على تجميع رؤوس الأموال ، وأهمها شركة المساهمة . ونعرض لأهم تلك الأنواع بايجاز :

١- شركة التضامن société en nom collectif ، ويكون فيها كل شريك مسئولاً شخصياً وبالتضامن مع الآخرين عن كل ديون الشركة . فمسئولية الشريك لا تقتصر على حصته فى رأس المال بل تتعداها الى أمواله الخاصة .

٢- شركة التوصية société en commandité ، وتضم نوعين من الشركاء ، شركاء بالتضامن ، وشركاء موصون لا يُسألون إلا فى حدود ما يقدمونه من حصص رأس المال .

٣- شركة المساهمة société anonyme وترمى الى تجميع رؤوس الأموال الكبيرة ، وهى لا تعتمد على أشخاص

---

(١) م ٥٠٥ / ٥٢٣ مدنى .

الشـركاء . ويُقسّم رأس المال فيها الى أسـهم مـتساوية قابلة للتداول . وتقتصر مسئولية المساهم عن ديون الشـركة على مقدار الأسـهم التى يملكها .

وهناك شـركة التوصـية بالأسـهم ، وشـركة المحاصة ، والشـركة ذات المسئولية المحدودة ، وهى تجمع بين شـركات الأشخاص وشـركات الأموال .

(ب) الشخصية المعنوية للشركة :

تثبت الشـخصية الاعتبارية للشركات جميعها المدنية منهاوالتجارية على السواء . وتثبت الشـخصية القانونية للشـركة بمجرد تكوينها ، أى بتحرير العقد المنشىء لها أو بصدور القرار الجمهورى بالنسبة لبعض الشركات .

ويجب أن يكون عقد الشـركة مكتوباً وإلا كان باطلاً . ولا يُحتج بشخصية الشركة على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون . ومع ذلك للغير إذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها إذا كانت له مصلحة فى قيام الشركة . ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للشركة ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها إلا من تاريخ الشهر فى السجل التجارى .

وتنتقل ملكية الحصة التى يقدمها كل شريك فى رأس مال الشركة الى الشركة ، ويكون لها ذمة مالية مستقلة ، وتخصص لوفاء بديونها . وإذا كان لأحد الشركاء دائنون شخصيون ، فليس لهم أثناء قيام الشـركة أن يتقاضوا حقوقهم مما يخص ذلك الشريك فى رأس المال ، وانما لهم أن يتقاضوها مما يخصه فى الأرباح[1] .

---

(١) م ٥٢ ، ٥٠٦ ، ٥٢٥ مدنى .

(جـ) انتهاء شخصية الشركة :

تنتهى شخصية الشركة بانقضائها بأى سبب من الأسباب مثل :

انقضاء الميعاد المعيّن لها أو انتهاء العمل الذى قامت من أجله ، هلاك جميع أموالها أو جزء كبير منها بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها ، موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو اعساره أو افلاسه وذلك بالنسبة للشركات المدنية وشركات الأشخاص التجارية ، اجماع الشركاء على حلها ، الحكم القضائى بحل الشركة .

وإذا انقضت الشركة انتهت شخصيتها ، إلا أن هذه الشخصية تبقى بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهى هذه التصفية(١) .

المبحث الثانى

الجمعيات

Assocoation

المطلب الأول

مفهوم الجمعية

الجمعية Association هى كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معيّنة تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادى(٢) .

---

(١) م ٥٢٦ : ٥٢٣ مدنى .

(٢) المادة الأولى من القانون ٣٢/ ١٩٦٤ المعدل بالقانون ١٩٧٢/٨ والقانون ١٩٨٢/١٢٦ والقانون ١٩٩٤/٣٦ .

يتضح من ذلك التعريف أن الجمعية تتميّز بعدة خصائص :

١- تتكوّن الجمعية من جماعة من الأشخاص ، يستوى أن يكونوا أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين . وإذا تكوّنت من أشخاص طبيعيين وجب ألا يقل عددهم عن عشرة أشخاص .

٢- الجمعية جماعة ذات تنظيم مستمر ، يجب أن يتوافر لها صفة الدوام والاستقرار ، وليس معنى ذلك أن تكون الجمعية أبدية ، فقد تنشأ لمدة معيّنة إلا أنها تختلف عن الاجتماعات العارضة أو تأليف جماعة للقيام برحلة .

٣- تهدف الجمعية الى تحقيق غرض غير مادى . ويدخل فى ذلك الأغراض الثقافية أو العلمية أو الدينية أو الرياضية أو الاجتماعية أو السياسية . ولا يشترط أن تهدف الجمعية الى تحقيق مصلحة عامة ، فقد ينحصر الغرض فى مصلحة أعضاء الجمعية ، كما هو الحال فى النقابات العمالية والمهنية . ويجوز أن يكون غرض الجمعية ذا طابع اقتصادى طالما لا يتمثل فى تحقيق الربح المادى لذاته ، مثال ذلك الجمعيات التعاونية[١] وجمعيات التأمين التبادلى والجمعيات الزراعية . ويشترط أن يكون غرض الجمعية مشروعاً وغير مخالف للنظام العام .

---

(١) الجمعيات التعاونية تعتبر من الأشخاص الاعتبارية الخاصة وقراراتها لا تعدو أن تكون تعبيراً عن ارادتها الخاصة ، ومن ثم فإن منازعاتها المدنية والتجارية مع عملائها تندرج تحت نطاق اختصاص جهة القضاء العادى ذات الولاية العامة طالما قد خلا قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ سنة ١٩٦٤ من نص يقيّد هذا الأصل العام .
(نقض ١٦/٤/١٩٧٩ س٣٠ ع٢ ص١٢٧) .

المطلب الثانى

انشاء الجمعية

يشترط لانشاء الجمعية تكوينها ثم شهر نظامها .

(أ) تكوين الجمعية :

تنشأ الجمعية بوضع نظام مكتوب موقع عليه من المؤسسين ويجب ألا يشترك فى تأسيسها أو ينضم الى عضويتها أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية إلا بتصريح من الجهة الادارية المختصة .

وكتابة نظام الجمعية والتوقيع عليه شرط لانعقادها ووجودها ، وليس فقط شرطاً لاثباتها . فالقانون لا يرتب أى أثر على الاتفاق على تكوين الجمعية الذى لم يتم كتابته فى محرر.

ومع مراعاة القواعد والشروط التى يصدر بها قرار من الجهة الادارية المختصة يجب أن يشتمل نظام الجمعية على الأخص ، على البيانات الآتية :

١- اسم الجمعية ونوع وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافى ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز داخل الجمهورية . ولا يجوز لأية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو الى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى .

٢- اسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل اقامته .

٣- موارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها .

٤- الأجهزة التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها

وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو اسقاط أو ابطال عضويتهم والنصاب اللازم لانعقاد الجمعية العمومية ومجلس الادارة والأجهزة الأخرى الممثلة للجمعية والنصاب اللازم لصحة قراراتها .

٥- نظام الجمعية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم وعلى الأخص حق حضور الجمعية العمومية والتصويت فيها.

٦- نظام المراقبة المالية .

٧- كيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية ادماجها أو تكوين فروع لها .

٨- قواعد حل الجمعية والجهة التى تؤول اليها أموالها .

وتتضمن اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات نظاماً نموذجياً يجوز للجمعيات اتباعه فى اعداد نظمها (١).

(ب) ثبوت الشخصية للجمعية :

كان القانون المدنى يقرر ثبوت الشخصية المعنوية للجمعية بمجرد انشائها أى تحرير نظامها ، ولم يكن يتطلب الشهر إلا كشرط للاحتجاج بهذه الشخصية فى مواجهة الغير . ولكن قانون الجمعيات جاء ليشترط شهر نظام الجمعية وفقاً لأحكامه كشرط لثبوت الشخصية الاعتبارية لها(٢) .

---

(١) م ٣ من قانون الجمعيات .

(٢) م ٥٨ ، ٥٩ مدنى - م ٨ من القانون السابق .

وبالنسبة للمرحلة السابقة على قيام الشخصية يكون الأعضاء مسؤولين عما يستلزمه انشاء الجمعية من نفقات وما يتفرع عنه من التزامات . فإذا شهر نظام الجمعية ترد اليهم النفقات التى تقررها الجمعية العمومية (م ٣ من اللائحة التنفيذية للقانون السابق) .

يقضى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة =

يكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده فى السجل الخاص المعد لذلك . وينشر ملحق القيد فى الوقائع المصرية بغير مقابل . وتبدأ شخصية الجمعية بمجرد قيدها حتى لو تأخرت عملية النشر فى الجريدة الرسمية ، وينبغى أيضاً شهر كل تعديل فى نظام الجمعية ، ويعتبر هذا التعديل كأن لم يكن ما لم يشهر .

للجهة الادارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص حق رفض شهر نظام الجمعية إذا كانت البيئة فى غير حاجة الى خدماتها أو لوجود جمعيات أخرى تسد حاجات البيئة فى ميدان النشاط المطلوب أو إذا كان انشاؤها لا يتفق ودواعى الأمن أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد احياء جمعية أخرى سبق حلها.

ولذوى الشأن التظلم الى الجهة الادارية المختصة من القرار برفض اجراء الشهر خلال ستين يوماً من تاريخ ابلاغهم قرار الرفض . ويجب البت فى هذا التظلم بقرار مسبب خلال ستين يوماً من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة ويعتبر فوات ستين يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة قبول له .

يجوز للجمعية ، بعد موافقة الجهة الادارية المختصة ، أن

= فى مادته السابعة بأن الشخصية الاعتبارية للجمعية لا تثبت إلا إذا شهر نظامها ، ومن ثم فإن اندماج جمعية ذات شخصية اعتبارية فى جمعية جديدة لا يثبت به زوال الشخصية الاعتبارية عن الجمعية المندمجة وخلافة الجمعية الدامجة لها فى شخصيتها إلا بشهر نظام هذه الجمعية الأخيرة بوصفها خلفاً للجمعية الأولى ، والى أن يتم الشهر لا يثبت الاستخلاف بين الجمعيتين فى الشخصية الاعتبارية وتبقى هذه الشخصية لا صفة بالجمعية التى كانت لها اصلا .

(نقض ١٤/٥/١٩٦٤ س١٥ ص٦٨٦) .

تنشـىء لها فـروعاً كى تباشـر نـشاطها خارج نطاق المحافظة التى بها مقرها . ويتم انشاء هذه الفروع وشهرها طبقاً للقانون . ولا يجوز للفرع تعديل نظامه إلا بموافقة الجمعية(١) . وللجهة الادارية أن تنشىء اتحادات نوعية أو اقليمية بين الجمعيات والمؤسسات ويكون لهذه الاتحادات شخصية مستقلة(٢) .

المطلب الثالث
نطاق أهلية الجمعية
والرقابة عليها

تتحدد أهلية وجوب الجمعية بالقيود العامة التى يخضع لها الشخص الاعتبارى بوجه عام ، وهى قيود مستمدة من طبيعة الجمعية بوصفها شخصاً معنوياً ، فلا يجوز أن يُسند اليها الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان ، وقد تستمد القيود من الأغراض التى تهدف اليها الجمعية ، وهذا هو مبدأ التخصيص . وقد حرص المشرع على تأكيد ذلك المبدأ من خلال التطبيقات الآتية :

١- يتعيّن على الجمعية أن تنفق موالها فيما يحقق

---

(١) م ١١ : ١٦ ، ٢٦ ، ٨٣ من القانون السابق .

(٢) تم استبدال هذه المادة بالقانون ١٩٩٤/٣٦ وأصبح نصها « ينشأ اتحاد عام للجمعيات والمؤسسات الخاصة تكون له الشخصية الاعتبارية ، ويشكل مجلس ادارته بقرار من رئيس الجمهورية . ويضم هذا المجلس ممثلين عن الاتحادات النوعية والاقليمية والجمعيات المركزية والجهات الادارية المختصة وعدد من المهتمين بالمسائل الاجتماعية . وينص النظام الداخلى للاتحاد على كيفية إدارته وتنظيم أعماله ، ويصدر بهذا النظام قرار من وزير الشئون الاجتماعية .

أغراضها . ولها أن تستغل فائض ايراداتها لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها . وتنظم اللائحة التنفيذية الأحوال والشروط التى يجوز بمقتضاها استغلال هذه الأموال . مثال ذلك السندات الحكومية وشهادات الاستثمار وصناديق الادخار والتوفير أو غير ذلك من وجوه الاستغلال التى يوافق عليها وزير الشئون الاجتماعية .

٢- لا يجوز للجمعية الدخول فى مضاربات مالية .

٣- لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ما لم تحصل على إذن بذلك من الجهة الادارية المختصة . ولا يسرى هذا الحكم على الجمعيات التى تعمل فى ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية . وقد استثنى القانون أيضاً الجمعيات ذات الصفة العامة حيث يجوز لها تملك الأموال والعقارات .

ويُقصد بالرعاية الاجتماعية فى تطبيق أحكام هذا القانون توفير الخدمات الصحية والاجتماعية والفنية للأفراد أو الأسر أو المجتمع ، وعلى الأخص الخدمات المتصلة برعاية الأسرة والأمومة والطفولة ورعاية الأحداث والشيوخ العاجزين عن الكسب . وما يتعلق بهذه الخدمات من بحوث ودراسات وتنظيم وتمويل وتدريب . وتعتبر جمعية ثقافية كل جمعية يكون الغرض من تكوينها النهوض بالعلوم أوالفنون أو الآداب.

٤- لا يجوز للجمعية أن تحتفظ برصيد نقدى يزيد على ثلاثة أمثال المصروفات السنوية إلا بإذن من الجهة الادارية المختصة ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، كما لا يجوز لها أن تحتفظ برصيد نقدى خارج المصرف أو صندوق التوفير يزيد عن مصروفات شهر واحد .

٥- لا يجوز لأية جمعية أن تحصل على أموال من شخص أجنبى أو جهة أجنبية ولا أن ترسل شيئاً مما ذكر الى أشخاص أو منظمات فى الخارج إلا بإذن من الجهة الادارية المختصة وذلك فيما عدا المبالغ الخاصة بثمن الكتب والنشرات والمجلات العلمية والثقافية .

٦- تخضع الجمعيات لرقابة الجهة الادارية المختصة ، وتتناول هذه الرقابة فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية ويتولى هذه الرقابة مفتشون تعيّنهم الجهة الادارية المختصة . ولتحقيق هذه الرقابة يجب على الجمعية أن تحتفظ فى مركز ادارتها بالوثائق والمكاتبات والسجلات الخاصة بها ، وهى سجلات مختومة من الجهة المختصة ، ويجب أن تحمل اسم الجمعية وعنوانها .

٧- للجهة الادارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمةعلى شؤون الجمعية يكون مخالفاً للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للآداب .

وللجمعية ولكل ذى شأن أن يطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام مخكمة القضاء الادارى ، وعلى المحكمة أن تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال .

٨- تتمتع وزارة الشئون بعدة سلطات لاحكام الرقابة والاشراف على الجمعيات ، حيث يجوز تعيين ممثل لها ، ودعوة مجلس الادارة والجمعية العمومية للانعقاد ، وتعيين مجلس ادارة مؤقت أو ادماج الجمعية فى غيرها . وحرمان أعضاء المجلس المسئولين عن وقوع المخالفات من اعادة ترشيح أنفسهم للمجلس الجديد لمدة أقصاها أربع سنوات .

٩- نص القانون على عدة عقوبات توقع على من يرتكب

مخالفات لأحكامه فى تسيير الجمعيات . ويجوز توقيع هذه العقوبات على أعضاء مجلس الادارة ومدير الجمعية ، إذا وقعت المخالفات نتيجة اهمالهم فى أداء واجباتهم . كما يجوز للجهة الادارية اغلاق مقر الجمعية وفروعها أو أحدها مؤقتاً فى بعض ظروف يحددها القانون(١) .

المطلب الرابع

المزايا والاعفاءات

التي تتمتع بها الجمعية

تتمتع الجمعيات بالمزايا الآتية :

١- تعفى من رسوم التسجيل التى يقع عبء أدائها عليها فى عقود الملكية والرهن والعقود الخاصة بالحقوق العينية الأخرى ، وكذلك من رسوم التصديق على التوقيعات .

٢- تعفى من رسوم الدمغة المفروضة حالياً والتى تفرض مستقبلاً على جميع العقود والتوكيلات والمحررات والأوراق المطبوعة والسجلات وغيرها .

٣- تعفى من الرسوم الجمركية الأصلية والتكميلية المفروضة على ما تستورده من معدات وأدوات وأجهزة ولوازم انتاج ، وذلك بشرط أن تكون هذه الأشياء لازمة لنشاطها وتوافق عليها الجهة الادارية المختصة .

ويُحظر التصرف فى الأشياء المعمرة منها ، التى تحدد بقرار من وزير الشئون الاجتماعية قبل مرور خمس سنوات ما لم تدفع عنها الرسوم الجمركية المستحقة .

---

(١) م ١٨ : ٢٠ ، ٢٣ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٣٢ ، ٣٣ ، ٩٢ ، ٩٦ من القانون السابق .

٤- تمنح تخفيضاً قدره ٢٥٪ من أجور نقل المعدات والآلات على السكك الحديدية .

٥- تسرى على الجمعيات تعريفة الاشتراكات والمكالمات التليفونية الخاصة المقررة للمنازل ، ويصدر بتحديد الجمعيات التى تسرى عليها هذه التعريفة قرار من الجهة الادارية المختصة .

٦- تمنح تخفيضاً قدره ٥٠٪ من قيمة استهلاك المياه والكهرباء(١) .

المطلب الخامس

الهيئات التى تمثل الجمعية

تباشر الجمعية نشاطها عن طريق كل من : مجلس الادارة والجمعية العمومية .

(أ) مجلس الادارة :

١- يجب أن يكون لكل جمعية أو اتحاد مجلس ادارة يبيّن نظامه اختصاص وطرق اختيار أعضائه وانهاء عضويتهم . وتبيّن اللائحة التنفيذية نظام سير العمل فى مجلس الادارة .

٢- يجب ألا يقل عدد أعضاء مجلس الادارة عن خمسة ولا يزيد عن خمسة عشر . ويجب فى الجمعيات التى يشترك فى عضويتها أجانب أن تكون نسبة عدد أعضاء مجلس الادارة المتمتعين بجنسية جمهورية مصر العربية مماثلة على الأقل لنسبتهم الى مجموع الأعضاء المشتركين.

ولا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الادرة فى أكثر من

---

(١) م ٢١ من القانون السابق المعدلة بالقانون ١٩٧٢/٨ ، ١٩٨٢/١٢٦ .

جمعية تعمل فى ميدان واحد إلا بإذن من الجهة الادارية المختصة . ولا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الادارة والعمل بالجمعية بأجر(١).

ويشترط فى عضو مجلس الادارة أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ويستثنى من ذلك جمعيات الطلبة فى معاهد التعليم . وتبيّن اللائحة التنفيذية الشروط الأخرى التى يلزم توافرها فى أعضاء مجلس ادارة بعض الجمعيات لرفع مستوى الادارة فيها بحسب الغرض الذى أنشئت من أجله .

يجب ابلاغ الجهة الادارية المختصة بأسماء المرشحين لعضوية مجلس الادارة فى الجمعيات ذات الصفة العامة وجمعيات الرعاية الاجتماعية وذلك قبل اختيار أعضاء المجلس بثلاثين يوماً على الأقل . وللجهة الادارية أن تستبعد من ترى استبعاده من المرشحين وإذا لم تبلغ الجهة الادارية اعتراضها الى الجمعية قبل الموعد المحدد للانتخاب بسبعة أيام اعتبر ذلك موافقة منها على الترشيح . كما يجوز أن تنتدب من

---

(١) ولا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الادارة وعضوية المجالس الشعبية المحلية التى تقع فى دائرتها الجمعية . كما لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الادارة والعمل بإحدى الجهات الادارية المركزية أو غيرها من الجهات العامة التى تتولى الاشراف أو التوجيه أو الرقابة على الجمعية أو تمويلها .

ومع ذلك ، فيجوز لرئيس مجلس الوزراء أن يرخص لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بالجمع بين عضوية مجلس الادارة وعضوية المجالس المشار اليها فى الفقرة الأولى أو العمل بالجهات المشار اليها فى الفقرة الثانية .

ومع عدم الاخلال بالفقرة السابقة يعتبر عضو المجلس الشعبى المحلى أو العامل بإحدى الجهات المشار اليها فى الفقرة الثانية متخلياً عن عضويته فى مجلس ادارة الجمعية من تاريخ ثبوت عضوية مجلس الادارة له ، وعلى الجمعيات القائمة أن توفق أوضاع مجالس إدارتها وفقاً لأحكام هذه المادة خلال فترة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون (م ٥٠ مكرر المضافة بالمادة الثانية من القانون ١٩٩٤/٣٦) .

يحضر الانتخاب للتحقق من أنه يجرى طبقاً لنظام الجمعية . ولها الغاء الانتخاب بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوماً من ابلاغها بمحضر الاجتماع إذا تبيّن لها أنه وقع مخالفاً لذلك النظام أو القانون .

تكون مدة عضوية مجلس الادارة ثلاث سنوات ، عدا مجلس الادارة الأول ، فتجدد عضوية ثلث الأعضاء كل سنة بطريقة القرعة . ويجوز اعادة أنتخاب من تنتهى عضويتهم .

٣- يتولى مجلس الادارة إدارة شئون الجمعية وله فى سبيل ذلك القيام بأى عمل من الأعمال عدا تلك التى ينص نظام الجمعية على ضرورة موافقة الجمعية العمومية عليها قبل اجرائها ، ويكون انعقاد مجلس الادارة مرة على الأقل كل شهر للنظر فى شئون الجمعية ، وكل عضو يتخلف عن حضور أكثر من نصف عدد جلسات المجلس خلال العام يعتبر مستقيلاً من المجلس . ويجوز لمجلس الادارة بعد موافقة الجهة الادارية المختصة أن يعيّن مديراً من أعضائه أو من غير أعضائه يفُوّض فى التصرف فى أى شأن من الشئون الداخلة فى اختصاصه .

٤- للجهة الادارية المختصة طلب عقد مجلس الادارة إذا دعت الضرورة الى ذلك . ويجب ابلاغ كل من الجهة الادارية والاتحاد المختصين بصورة من محاضر اجتماع مجلس الادارة وما اتخذ فيه من قرارات خلال أسبوع من تاريخ الانعقاد(١) .

(ب) الجمعية العمومية :

١- تتكوّن الجمعية العمومية من جميع الأعضاء العاملين

---

(١) م ٤٥ : ٥٤ .

الذى أوفوا الالتزامات المفروضة عليهم وفقاً لنظام الجمعية ومضت على عضويتهم مدة ستة أشهر على الأقل(١). ويستثنى من شرط مضى هذه المدة أعضاء جمعيات الطلبة فى معاهد التعليم .

٢- تنعقد الجمعية العمومية فى مقر المركز الرئيسى للجمعية ويجوز لمجلس الادارة أن يدعو الجمعية العمومية للانعقاد فى مكان آخر يحدد فى خطاب الدعوة . وتنعقد الجمعية بناء على دعوة من مجلس الادارة أو من الجهة الادارية المختصة إذا رأت ضرورة لذلك وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص . وتنعقد الجمعية أيضاً بناء على طلب يتقدم به لمجلس الادارة كتابةً ربع الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية أو مائتان منهم أيهما أقل مع بيان الغرض من ذلك .

٣- يجب دعوة الجمعية العمومية مرة كل سنة خلال الثلاثة أشهر التالية لانتهاء السنة المالية للجمعية وذلك للنظر فى الميزانية والحساب الختامى وتقرير مجلس الادارة عن أعمال السنة وتقرير مراقب الحسابات وتعيين وانتخاب أعضاء مجلس الادارة بدلاً من الذين زالت أو انتهت عضويتهم وتعيين مراقب الحسابات وغير ذلك من المسائل التى يرى مجلس الادارة ادراجها فى جدول الأعمال . ويجوز دعوتها

---

(١) ان قانون الجمعية هو دون غيره الذى يرسم طريق كسب عضويتها وما يتعارض مع هذه العضوية وهو وحده الواجب الاتباع فى هذا الخصوص . فإذا كانت واقعة الحال أن مدرسى جمعية مكارم الأخلاق الاسلامية الذين حضروا جمعيتها العمومية واشتركوا فى اصدار قراراتها لم تتوافر لهم شروط عضويتها كما أن هذه العضوية حظرت عليهم - وفقاً لنصوص قانون الجمعية فإنه لا يحق لهم حضور الاجتماع أو الاشتراك فى اصادر قرارات .
(نقض ١٣/١٢/١٩٥٦ س٧ ص٩٦٧) .

لاجتماعات غير عادية للنظر فى تعديل نظام الجمعية أو حلها أو اندماجها فى غيرها أو عزل أعضاء مجلس الادارة أو لغير ذلك من الأسباب .

٤- يجب أن يرفق جدول الأعمال بالدعوى الى الجمعية العموميّة ، ولا يجوز للجمعية النظر فى غير المسائل الواردة فى الجدول إلا بموافقة الأغلبية المطلقة لمجموع عدد أعضاء الجمعية العمومية .

ويجب ابلاغ كل من الجهة الادارية المختصة والاتحاد المختص بكل اجتماع للجمعية العمومية قبل انعقاده بخمسة عشر يوماً على الأقل وبصورة من خطاب الدعوة والمسائل الواردة فى جدول الأعمال والأوراق المرفقة به ، ولكل منهما أن يندب من يحضر الاجتماع .

٥- لا يعتبر اجتماع الجمعية العمومية صحيحاً إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها فإذا لم يتكامل العدد أجل الاجتماع الى جلسة أخرى تعقد خلال مدة أقلها ساعة وأقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ الاجتماع الأول تبعاً لما يحدد فى نظام الجمعية ويكون الانعقاد صحيحاً فى هذه الحالة إذا حضره بأنفسهم عدد لا يقل عن عشرة فى المائة من الأعضاء أو مائتا عضو أيهما أقل بحيث لا يقل عدد الحاضرين عن ثمانية أشخاص .

يجوز لعضو الجمعية العمومية أن ينيب عنه كتابة عضواً أخر يمثله فى حضور الجمعية العمومية وفقاً للنظام الذى يحدده نظام الجمعية . ولا يجوز أن ينوب العضو عن أكثر من عضو واحد .

٦- تصدر قرارات الجمعية العمومية بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين ما لم يشترط نظام الجمعية أغلبية أكثر

من ذلك . وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة لأعضاء الجمعية العمومية فيما يختص بتعديل النظام وبأغلبية ثلثىّ أعضائها فيما يختص بتقرير حل الجمعية أو ادخال تعديل فى نظامها يتعلق بغرض الجمعية أو عزل أعضاء مجلس الادارة وكذلك فيما يتعلق باندماج الجمعية فى غيرها . وكل ذلك ما لم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر.

ولا يجوز لعضو الجمعية الاشتراك فى التصويت إذا كان موضوع القرار المعروض ابرام اتفاق معه أو رفع دعوى عليه أو انهاء دعوى بينه وبين الجمعية . وكذلك كلما كانت له مصلحة شخصية فى القرار المطروح فيما عدا انتخاب أجهزة الجمعية.

ويجب ابلاغ كل من الجهة الادارية المختصة والاتحاد المختص بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الاجتماع(١) .

المطلب السادس

انقضاء الجمعية وتصفيتها

تنتهى الجمعية وتنقضى شخصيتها للأسباب التى تنقضى بها حياة الشخص الاعتبارى بوجه عام السابق دراستها ، وهى انتهاء الأجل المحدد لها ، أو الغرض منها أو استحالة تحقيقه أو موت جميع أعضائها أو تناقصهم الى أقل من الحد الأدنى المفروض .

ويجوز لكل عضو ، ما لم يكن قد تعهد بالبقاء فى الجمعية لمدة معيّنة أن ينسحب منها فى أى وقت ولا يكون

---

(١) م ٣٤ : ٤٤.

للعضو المنسحب ولا للعضو المفصول أو العضو الذى سقطت عضويته حق فى أموال الجمعية إلا فى الحالات التى نص عليها القانون(١) .

وكقاعدة عامة فإن الجمعية يمكن أن تنقضى بالادماج أو الحل :

(أ) ادماج الجمعية :

للجهة الادارية المختصة أن تقرر ادماج أكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض مماثل أو توحيد ادارتها أو تعديل أغراضها تبعاً لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسق بين الخدمات التى تؤديها أو لغير ذلك من الأسباب التى تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله . ويراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعية ونوع ما تؤديه من خدمات .

ويصدر بالادماج قرار مسبب يبيّن كيفية الادماج ويبلغ الى ذوى الشأن فور صدوره . وعلى ممثلى الجمعية المندمجة أن يبادروا بتسليم جميع الأموال والمستندات الخاصة بها الى الجمعية المندمج فيها . ولا تُسأل الجمعية عن التزامات الجمعية المندمجة فيها إلا فى حدود ما آل اليها من أموال تلك الجمعيات وحقوقها من تاريخ الادماج .

يحظر على مجلس ادارة الجمعية المندمجة أو التى صدر قرار بتعيين مجلس مؤقت أو مديراً لها ، وكذلك على موظفيها التصرف فى أى شأن من شئون الجمعية بمجرد ابلاغهم قرار الادماج أو قرار بتعيين المدير أو المجلس المؤقت .

---

(١) م٦.

وعلى أعضاء مجلس ادارة الجمعية أو القائمين بالعمل فيها أن يبادروا الى تسليم المدير أو المجلس المؤقت بمجرد تشكيله جميع أموال الجمعية وسجلاتها ودفاترها ومستنداتها. وعلى جميع الموظفين المسئولين فى الجمعية أن يحافظوا على أوراقها ومستنداتها وأموالها حتى يتم تسليمهاالى المدير أو المجلس المؤقت . ولا يُخل قيامهم بتسليم أموال الجمعية بما يكون قد ترتب فى ذمتهم من مسئولية طبقاً للقانون(١) .

(ب) حل الجمعية :

تنقضى الجمعية بسبب حلها حلاً اختيارياً بقرار يصدر من أعضائها ، أو حلاً اجبارياً بقرار من الجهة الادارية :

١- الحل الاختيارى ، ويصدر به قرار من الجمعية العمومية . ويجب أن يصدر قرار الحل بأغلبية ثلثىّ الأعضاء ما لم يشترط نظام الجمعية أغلبية أكثر من الثلثين لتقرير الحل . مؤدى ذلك أن أغلبية ثلثىّ الأعضاء هى الحد الأدنى القانونى الذى ينبغى توافره لحل الجمعية(٢) .

٢- الحل الاجبارى ، يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص فى الأحوال الآتية :

-إذا ثبت عجزها عن تحقيق الأغراض التى أنشئت من أجلها.

- إذا تصرفت فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها .

- إذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتاليين .

---

(١) م ٢٩ ، ٣٠ .

(٢) م ٢/٤٢ .

-إذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو إذا خالفت النظام العام والآداب .

ويبلغ قرار الحل للجمعية بخطاب موصى عليه بعلم الوصول . ويكون للجمعية ، ولكل ذى شأن أن يطعن فى قرار الحل أمام محكمة القضاء الادارى ، وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات .

يحظر على أعضاء الجمعية التى صدر قرار بحلها ، كما يحظر على القائمين بادارتها وعلى موظفيها مواصلة نشاطها أو التصرف فى أموالها . ويحظر على كل شخص أن يشترك فى نشاط أية جمعية بعد نشر قرار حلها فى الوقائع المصرية(١) .

٣- **تصفية الجمعية :** يترتب على حل الجمعية انتهاء شخصيتها ، إلا أن هذه الشخصية تبقى وتمتد حياتها بالقدر اللازم للتصفية واتمامها . ويتولى عملية التصفية مصف أو أكثر تعيّنه الجهة التى أصدرت قرار الحل ، أى الجمعية العمومية فى حالة الحل الاختيارى ، ووزير الشئون الاجتماعية فى حالة الحل الاجبارى ويتم التعيين لمدة معيّنة وبأجر .

ويجب على القائمين على ادارة الجمعية المبادرة بتسليم المصفى جميع المستندات والسجلات الخاصة بالجمعية عند طلبها ويمتنع عليهم وعلى الجهة المودع لديها أموال الجمعية والمدينين لها التصرف فى أى شأن من شئون الجمعية أو حقوقها إلا بأمر كتابى من المصفى .

يقوم المصفى ، بعد تمام التصفية ، بتوزيع الأموال الباقية وفقاً للأحكام المقررة فى نظام الجمعية . فإذا لم يوجد نص

---

(١) م ٥٧ ، ٥٨.

فى نظام الجمعية على ذلك أو وجد ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة الادارية بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة أن تقرر توجيه أموال الجمعية المنحلة الى الهيئات الاجتماعية التى تراها .

لا يجوز أن يُنص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل إلا الى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التى تعمل فى ميدان الجمعية المنحلة . ومن ثم لا يجوز النص على أيلولة أموال الجمعية عند الحل الى الأعضاء أو ورثتهم أو أسرهم ، وذلك حتى لا يثرى الأعضاء من أموال الجمعية المخصصة لأغراضها وتم جمعها غالباً من التبرعات . ولكن يجوز ذلك فى بعض الحالات التى تنتفى فيها الحكمة من الحظر السابق كما هو الحال بالنسبة لصندوق الاعانات المتبادلة أو صندوق المعاشات وحصص الجمعيات التعاونية .

ويحظر على كل من تثبت مسئوليتهم من أعضاء مجلس الادارة عن وقوع المخالفات التى دعت الى حل الجمعية ترشيح أنفسهم لعضوية مجلس ادارة أية جمعية أخرى لمدة خمس سنوات من تاريخ صدور قرار حل الجمعية .

وتختص المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها مركز الجمعية دون غيرها بكل دعوى مدنية ترفع من المصفى أو عليه (١) .

المطلب السابع

الجمعيات ذات النفع العام

تُعتبر الجمعية ذات نفع عام أو ذات صفة عامة إذا كان المقصود منها تحقيق مصلحة عامة ، ويصدر قرار من رئيس

---

(١) م ٥٩ : ٦١ .

الجمهورية باعتبارها كذلك(١) . كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب هذه الصفة من الجمعية .

واعتبار بعض الجمعيات ذات صفة عامة لا يعنى اعتبارها من الأشخاص الاعتبارية العامة التى تخضع للقانون العام ، بل تظل خاضعة للقانون الخاص ، إلا أنها تتمتع ببعض المزايا وتخضع لبعض القيود التى تفرّق بينها وبين الجمعيات الخاصة .

١- يحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعيات ذات الصفة العامة من اختصاصات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة وجواز قيام الجهة الادارية بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية .

٢- تستثنى تلك الجمعيات من قيود الأهلية المتعلقة بتملك الأموال والعقارات .

٣- يجوز لوزير الشئون الاجتماعية أن يعهد الى احدى الجمعيات ذات الصفة العامة بادارة المؤسسات التابعة للوزارة أو تنفيذ بعض برامجها أو مشروعاتها(٢) .

المبحث الثالث

المؤسسات الخاصة

(أ) التعريف بالمؤسسة الخاصة :

المؤسسة Fondation شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال لمدة غير معيّنة لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية

---

(١) ومن أمثلة هذه الجمعيات : جمعية الهلال الأحمر ، جمعية الاسعاف ، جمعية المبرة ، جمعية المواساة الاسلامية بالاسكندرية .

(٢) م ٦٣ : ٦٦ .

أو فنية أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية أو النفع العام دون قصد الى ربح مادى(١) .

يتضح من ذلك التعريف أن المؤسسة الخاصة تتميّز بالخصائص التالية :

١- تعتبر المؤسسة الخاصة من أشخاص القانون الخاص، وهى بذلك تختلف عن المؤسسات العامة Etablissements publics ، وهى من أشخاص القانون العام لأنها بمثابة مصالح عامة (يغلب أن تكون مصالح ادارية) ذات شخصية قانونية مستقلة ، كالجامعات ، وهيئة السكك الحديدية .

٢- ان العنصر الجوهرى فى المؤسسة هو أنها مجموعة من الأموال ، فهى لا تتكوّن من مجموعة من الأشخاص كالجمعية والشركة . وقد يكون منشىء المؤسسة شخص أو مجموعة من الأشخاص ، إلا أنهم لا يدخلون فى تكوينها كأعضاء فيها ، بل يقتصر دورهم على رصد المال وتخصيصه لتحقيق غرض من الأغراض المذكورة .

٣- المؤسسة الخاصة تختلف عن الشركة وتشبه الجمعية فى أنها لا تهدف الى تحقيق ربح مادى . ولكن غرض المؤسسة يجب أن يكون عاماً بصفة دائمة أما الجمعية فالغرض منها قد يكون عاماً ، وقد يكون خاصاً مقصوراً على أعضائها فقط .

٤- تنشأ المؤسسة لمدة غير معيّنة ، فلا يجوز تحديدها بأجل معيّن .

(ب) انشاء المؤسسة وبدء شخصيتها :

تنشأ المؤسسة بمقتضى تصرف قانونى ، وتكتسب الشخصية القانونية بالشهر :

---

(١) م ٦٩ من نفس القانون السابق .

أولاً: التصرف المنشئ للمؤسسة : يكون انشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية . مؤدى ذلك أن المؤسسة تنشأ بمقتضى تصرف قانونى بارادة منفردة ، أى بعمل صادر من ارادة المؤسس وحدها أو ارادة المؤسسين إن كانوا عدة . فإذا أريد انشاء المؤسسة أثناء حياة الشخص الذى ينشئها تعيّن عليه أن يفرغ ارادته فى سند رسمى ، أى يجب اثبات التصرف أمام الموثق فى محرر رسمى . أما إذا أريد انشاء المؤسسة بعد الموت ، فإن ذلك يكون عن طريق الوصية .

ويعتبر السند الرسمى أو الوصية بانشاء المؤسسة دستوراً لها ، ويجب أن يشتمل على البيانات الآتية :

- اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافى ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز فى مصر .
- الغرض الذى أنشئت المؤسسة لتحقيقه .
- بيان للأموال المخصصة لهذا الغرض .
- نظام ادارة المؤسسة بما فى ذلك اسم مديرها .

كما يجب أن يشتمل على البيانات الأخرى التى يصدر بتعيينها قرار من الجهة الادارية المختصة .

ويترتب على الطبيعة القانونية للتصرف المنشىء للمؤسسة عدة نتائج :

١- يعتبر التصرف الذى يصدر من المؤسس عملاً من أعمال التبرع ، بمثابة هبة أو وصية ، ولذلك يجب أن تتوافر فى المؤسس أهلية التبرع .

ويخضع التصرف ، بالتالى ، لما تخضع له التبرعات من أحكام ، فيجوز لدائنى المؤسس وورثته إذا كانت المؤسسة قد أُنشئت إضراراً بمصلحتهم ، المطالبة بابطالها عن طريق الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الأحوال . فيجوز

لدائنى المنشىء الطعن على التصرف ومنع نفاذه فى حقهم إذا توافرت شروط الدعوى البوليصية . وإذا كان التصرف وصية فلا ينفذ فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوها. وإذا تم انشاء المؤسسة بطريق السند الرسمى فى أثناء مرض الموت ، اعتبر انشاؤها تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية .

٢- متى كان انشاء المؤسسة بسند رسمى جاز لمن انشأها أن يعدل عنها بسند رسمى أخر وذلك الى أن يتم شهرها . مؤدى ذلك أن العدول لا يتم إلا بسند رسمى وقبل شهر المؤسسة ، أما بعد الشهر فلا يجوز العدول . أما إذا كان انشاء المؤسسة قد تم عن طريق الوصية ، فيجوز للمنشىء الموصى العدول عنها قبل وفاته ، لأنها لا تصير لازمة ، طبقاً للقواعد العامة ، إلا بوفاة الموصى ، أى أن المؤسسة لا توجد إلا بوفاة منشئها مصرّاً عليها .

ثانياً: اكتساب الشخصية المعنوية بالشهر : لا تثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة إلا إذا أشهر نظامها طبقاً لأحكام هذا القانون . فابتداء من هذا الشهر تثبت الشخصية للمؤسسة فى مواجهة الكافة ، ويتم شهر المؤسسة بناء على طلب منشئها أو أول مدير لها أو الجهة الادارية المختصة بالاشراف على المؤسسة طبقاً للاجراءات المقررة لشهر الجمعيات .

(ج) أهلية المؤسسة والرقابة عليها:

تخضع المؤسسة لنفس القيود التى ترد على الأشخاص الاعتبارية بوجه عام ، ومن ثم تقتصر أهلية وجوب المؤسسة على ما يسند اليها من الحقوق والالتزامات التى تتفق وطبيعتها والغرض منها وقصد منشئها اعمالاً لمبدأ

التخصيص . لذلك فرض المشرع رقابة صارمة على المؤسسات تتمثل فى :

١- للجهة الادارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص الاعتراض على انشاء المؤسسات ولها حق الرقابة عليها وتعديل نظامها بما يحقق الغرض من انشائها . فيجوز للمجلس التنفيذى للمحافظة الاعتراض على انشاء المؤسسة إذا تبيّن أنها تسعى الى أغراض لا تدخل فى نطاق ميادين الخدمة الوارد بيانها فى اللائحة . ويجوز لهذا المجلس فحص أعمال المؤسسة وقرارات مديرها والتحقق من مطابقتها للقانون والسند المنشىء لها . وله أيضاً تعيين ممثل أو أكثر لمديرية الشئون الاجتماعية فى مجالس ادارة المؤسسات الخاصة التى تنشأ بمال جمع كله أو بعضه من الجمهور .

٢- يتولى مدير المؤسسة ادارتها ويمثلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات . ويجوز النص فى سند الانشاء على أن يكون المدير هو المنشىء نفسه ، ولا يؤثر ذلك على استقلال شخصية المؤسسة عن شخصه ، ويتعيّن عليه احترام نظامها رغم أنه هو نفسه الذى قام بوضعه .

٣- على مدير المؤسسة موافاة الجهة الادارية المختصة بميزانية المؤسسة وحسابها السنوى مع المستندات المؤيدة لها، وعليه أيضاً تقديم أية معلومات أو بيانات أخرى تطلبها هذه الجهة.

٤- على مدير المؤسسة أو مجلس ادارتها اخطار الجهة الادارية المختصة بكل تصرف مالى يجريه خلال أسبوع من تاريخ اجرائه ، وللجهة الادارية أن تعترض على هذا التصرف خلال شهر من تاريخ اخطارها به ، فإذا لم تعترض خلال تلك المدة اعتبر التصرف نافذاً .

٥- لجهة الادارة (المحافظة) عزل المديرين الذين يثبت

اهمالهم فى ادارتها أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر ، أو لاعتبارات قومية ، وتعيين من يحل محلهم فى ادارتها . ولها كذلك أن تخفف أو تلغى كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة فى سند انشائها إذا كان ذلك لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها.

٦- يجوز للمحافظة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون المؤسسة يكون مخالفاً للقانون أو لنظام المؤسسة أو النظام العام أو الآداب . ولكل ذى شأن الطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الادارى التى تقضى فيه على وجه الاستعجال .

٧- لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات إلا باذن الجهة الادارية المختصة ، ولا يجوز لها الدخول فى مضاربات مالية . ولكن يجوز للمؤسسة اكتساب الملكية والحقوق الأخرى على العقارات .

٨- نص المشرع على بعض العقوبات الجنائية التى توقع على مرتكبى الجرائم المنصوص عليها ، وتوقع العقوبات على أعضاء مجلس الادارة ومدير المؤسسة فى حالة ارتكاب تلك الجرائم أو إذا وقعت المخالفات نتيجة اهمالهم فى أداء واجباتهم. ويجوز لجهة الادارة اغلاق مقر المؤسسة أو أحد فروعها لمدة محددة قابلة للتجديد فى بعض الحالات التى يحددها القانون، وكل هذا مع عدم الاخلال بتطبيق ما قد ينص عليه قانون العقوبات أو القوانين الأخرى[١] .

---

(١) م ٧٥ : ٨٠ ، ٩٢ ، ٩٦.

(د) انقضاء المؤسسة :

نظراً لأن المؤسسة مجموعة أموال وليست مجموعة أشخاص ، فإنه لا يُتصوّر أن تنقضى بالحل الاختيارى ، ولذلك لا يكون هناك من سبيل إلا الحل الجبرى عن طريق الادارة .

ويسرى على المؤسسات بأنواعها من حيث ادماجها وحلها وتصفيتها وجواز تحويلها الى مؤسسة ذات صفة عامة ما يسرى على الجمعيات فى هذا الشأن .

ولا تسرى الأحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة فى هذا القانون على ما أنشىء منها بطريق الوقف(١) .

المبحث الرابع

الأوقاف

(أ) التعريف بالوقف :

الوقف نظام اسلامى ، ويتمثل فى حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس ، ولا يجوز ، بالتالى ، التصرف فيها ، ويتم رصد منفعتها أو التصدق بريعها لجهة من جهات البر (٢).

---

(١) م ٨١ : ٨٢.

(٢) الوقف له حكمان ، حكم من حيث انه نظام قائم له شخصية قانونية ، وحكم من حيث علاقاته الحقوقية بالغير . فأما ماهيته وكيانه وأركانه وشروطه والولاية عليه وناظره ومدى سلطانه فى التحدث عنه والتصرف فى شئونه وما الى ذلك مما يخص نظام الوقف فهو على حاله خاضع لحكم الشريعة الاسلامية، وقد قنن الشارع بعض أحكامه بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأخيراً بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ فعلى المحاكم الأهلية إعمال موجب ذلك عند الاقتضاء فيما يعترضها من مسائله . أما العلاقات الحقوقية بين الوقف والغير فهى خاضعة لحكم القانون المدنى .

(جلسة ١٩٤٢/١/٢٣ طعن رقم ١١ سنة ١٦ق) .

يفترض الوقف وجود مال معيّن مخصص لغرض من أغراض البر ، وهو يشبه ، فى ذلك المؤسسة ، إلا أنه يختلف عنها فى أنه قد يكون مؤقتاً أو مؤبداً . وهو فى المساجد لا يكون إلا مؤبداً . أما المؤسسة فقد رأينا أن تخصيص المال فيها يكون لمدة غير معيّنة .

يؤدى الوقف الى حبس العين عن التملك فلا يستطيع ناظر الوقف التصرف فيها ، وله التصرف فى ريعها (١)طبقاً لارادة الواقف (٢) . وإذا اقتضت الضرورة التصرف فى العين

---

(١) ان القواعد الشرعية تقضى بوجوب المحافظة على أبدية الأموال الموقوفة لتبقى على حالها على الدوام محبوسة أبداً عن أن يُتصرف فيها بأى نوع من أنواع التصرفات من بيع أو هبة أو رهن أو وصية أو توارث فالواقف وذريته وناظر الوقف ، والمستحقون فيه ، والمستأجرون والمستحكرون له ، وورثتهم مهما تسلسل توريثهم ، ومهما طال وضع يدهم بهذه الصفات لا يتملك أيهم العين الموقوفة بالمدة الطويلة ، ولا يُقبل من أيهم أن يجحد الوقف ، أو أن يدعى ملكيته، أو أن يتصرف تصرفاً يُخشى منه على رقبته ، سواء أكان هو الواقف أم المتولى على الوقف أم المستأجر أم المحتكر أم أى شخص آخر آل اليه الوقف، وإلا نزع الوقف من يده ولو كان ما وقع منه قد وقع فى غرة أو سلامة نية .

(جلسة ١٩٣٨/٤/٧ طعن رقم ٨٩ سنة ٧ق) .

(٢) إذا كان الواقف قد نص فى اشهاد التغيير على أن ما يتبقى من ريع الوقف بعد سداد الأموال الأميرية وإصلاح ما يجب اصلاحه وخصم حصة الناظر والصرف على المسجد والخيرات المبيّنة بكتاب الوقف ، يُصرف على « ذرية الواقف» ذكوراً أو اناثاً بحسب الفريضة الشرعية ثم على أولاد أولاده فإن سياق هذه العبارة يدل على أن الواقف إنما يقصد بها أولاده لصلبه .

(نقض ١٩٦٢/٥/٩ س١٣ ص٦١٢) .

المقرر فى قضاء محكمة النقض أن المادة العاشرة من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف لم ترسم طريقة خاصة لاستظهار المعنى الذى أراده الواقف من كلامه ، وأطلقت للقاضى حرية فهم غرض الواقف من عباراته على الا يخرج بشرط الواقف عن معناه الظاهر الى معنى آخر يخالفه وكان المراد من كلام الواقف مجموع كلامه فى كتاب وقفه لا خصوص كلمة بعينها أو عبارة بذاتها، بل ينظر الى ما تضمنه كتابه كله كوحدة متكاملة ، ويعمل بما يظهر أنه أراده منه واتجه اليه مقصده ، اعتباراً بأن شرط الواقف كنص =

الموقوفة ، كان ذلك باستئذان القاضى وباتباع اجراءات تسمى « اجراءات الاستبدال» ، حيث يحل المال المستبدل به الموقوف محل ذلك المال ، فيصبح مخصصاً لأغراض الوقف كما كان المال الموقوف تماماً (١).

والوقف نوعان : وقف خيرى يصرف فيه ريع المال الى

= الشارع فى الفهم والدلالة ووجوب العمل ، لما كان ذلك وكان البيّن من اشهار الواقف أن الواقف جعل ريع وقفه جميعه بعد وفاته فيما عدا ما يلزم لشئون الوقف – صدقة على وجوه بر لا تنقطع ، ولم يجعل لأولاده استحقاقاً فيه إلا من افتقر من ذريته فيصرف له كفاية مؤونته وكسوته بطريق الأولوية عن غيره من الفقراء المذكورين ، مما يدخل فى نطاق الوقف على وجوه الخير ولا يغيّر من ذلك ما ورد فى كتاب الوقف من وصفه بأنه أهلى طالما افصحت عباراته فى جملتها عن أن ارادة الواقف قد انصرفت الى جعل مصاريف وقفه من بعده على جهات الخير التى عيّنها وأمكن حمل هذا اللفظ على دلالته على حال الواقف عند انشائه باعتبار أن الواقف لم ينشىء وقفاً خيرياً من بادئ الأمر بل جعله وقفاً على نفسه ثم من بعده وقفاً خيرياً على جهات البر هذه وإذ انتهى الحكم المطعون فيه الى هذه النتيجة فإنه لا يكون قد أساء تأويل شرط الواقف أو خرج به عن معناه الظاهر الى معنى غير سائغ .

(نقض ١٩٨١/٥/٢٦ س٣٢ ص١٦٠٦) .

(١) من المقرر فى قضاء محكمة النقض أنه إذا أذن القاضى باستبدال الوقف ، فإن الاستبدال لا يتم ، ولا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة الشرعية صيغة البدل وذلك بغض النظر عما يكون للعقد الابتدائى من آثار أخرى ، وتنطبق هذه القاعدة دائماً مهما تنوعت الأسباب التى أدت الى الحيلولة دون ايقاع صيغة البدل . ولا يغيّر من هذا النظر أن يكون عدم اتباعها مرده الى صدور المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات ، وخروج الأمر من اختصاص المحكمة الشرعية .

(نقض ١٩٧١/٥/٢٥ سنة ٢٢ ص ٦٨١) .

قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة عقد بيع معلق على شرط واقف ، هو اجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية ، وصدور صيغته منها ، وأنه بتحقق هذا الشرط يكون البيع نافذاً من وقت رسو المزاد ، ومؤدى ذلك أن قرار الموافقة على الاستبدال وصيغته لا يخرجان عن كونهما اجازة للعقد بشروطه السابق الاتفاق عليها بين الطرفين على أساس من قائمة مزاد الاستبدال .

(نقض ١٩٧٤/١٢/١١ س٢٥ ص١٤١٣) .

جهة من جهات البر كالفقراء والمساجد والملاجئ ، ووقف أهلى يستحق الريع فيه للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعيّنين بالذات أو بالوصف سواء أكانوا من أقاربه أو من غيرهم ثم بعد ذلك الى جهة من جهات الخير(١) .

أدت مساوئ نظام الوقف الأهلى الى تدخل المشرع لإلغائه ونص على أنه لا يجوز الوقف على غير الخيرات ، ويعتبر منتهياً كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصاً لجهة من جهات البر . ويصبح ما ينتهى فيه الوقف ملكاً للواقف إن كان حياً وكان له حق الرجوع فيه ، وإلا فإن الملكية تؤول للمستحقين كل بقدر حصته فى الاستحقاق(٢) .

---

(١) الوقف يعد خيرياً إذا كان على جهة من جهات البر التى لا تنقطع ، والعرف السائد بين المسلمين فى العصور المتأخرة جرى على اقامة الأضرحة إعلاء لشأن المعروفين من أهل التقوى والصلاح حتى يتأسى بهم الكافة ومن ثم فإن حبس الأعيان اللازمة لاقامتها والانفاق عليها يعد وقفاً خيرياً لما ينطوى عليه من معنى التقرب الى الله تعالى .

(نقض ١٩٨٠/١/١٦ س٣١ ص١٨٦) .

يعد الوقف خيرياً إذا كان على جهة بر يستوى فيها الفريقان الغنى والفقير . فإذا كان الواقف قد وقف داراً لضيافة الواردين والمترددين عليها واستظهرت محكمة الموضوع عبارات اشهاد الوقف وفسرت هذه العبارات تفسيراً تحتمله وتقصت قصد الواقف تقصياً سليماً بانه انشأ وقفه ابتداء على جهة بر يصح الوقف عليها قربة الى الله تعالى لحاجة الضيوف الواردين والمترددين على دار الضيافة ومنهم الغنى ومنهم الفقير الى المأوى والطعام والشراب فى قرية لا تتوافر فيها هذه الحاجة ثم انتهت المحكمة الى تقرير خيرية الوقف – فإنه لا محل للنعى على حكمها بمخالفة القانون .

(نقض ١٩٥٨/٦/١٢ س٩ ص٥٦٣) .

(٢) قانون الوقف ١٩٤٦/٤٨ – ١٩٥٢/١٨٠ – ١٩٨٢/٤٣ .

النص فى المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإلغاء نظام الوقف على غير الخيرات على أنه : « .....» يدل على أن المشرع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أراد أن يجعل ملكية ما انتهى الوقف فيه للواقف إن كان حياً وكان له حق الرجوع يستوى فى ذلك أن يكون قد احتفظ لنفسه =

= بغلة الوقف أو جعل الاستحقاق لغيره حال حياته ، فإن لم يكن الواقف حياً أو لم يكن له حق الرجوع آلت الملكية للمستحقين الحاليين كل بقدر حصته وفى الوقف المرتب الطبقات تؤول الملكية الى المستحقين الحاليين فيه والى ذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم كل بقدر حصته أو حصة أصله وهم ذرية من دخل فى الوقف وتناول استحقاقاً منه وكان من أهل الطبقة التى انحل عليها الوقف ثم توفى بعد الدخول وانتقل استحقاقه بحكم الترتيب الجملى الى الباقين من أصل طبقته لا ذرية من توفى قبل دخوله فى الوقف واستحقاقه لشىء فيه ولم يكن بذلك من أفراد الطبقة التى انحل عليها الوقف ولا من ذوى الاستحقاق أو صاحب حصة أو نصيب منه وهى أوصاف وقيود قصد اليها المشرع وعناها بقوله وكانت الملكية للمستحقين الحاليين ولذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقته كل بقدر حصته أو حصة أصله ، ولا تصدق فى حق من توفى أصله قبل الدخول فى الوقف وأنه لا محل للاستناد الى الحكمة التشريعية من اصدار المرسوم بقانون سالف الذكر إذ لا يكون ذلك إلا فى حالة غموض النص أو وجود لبس فيه ، أما إذا كان النص واضحاً فلا يجوز الخروج عليه أو تأويله بدعوى الاستهداء بالحكمة التى أملته .

(نقض ١٩/٤/١٩٨٣ س٣٤ ص١٠١٢) .

النص فى المادة الثانية من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات على أنه « يعتبر منتهياً كل وقف لا يكون مصرفه فى الحال خالصاً لجهة من جهات البر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انتهاء كل وقف لا يكون مصرفه خالصاً لجهة من جهات البر وان المشرع وقد اتخذ من مصرف الوقف مناطاً لانتهائه وقد عنى ببيان الوقف الذى يعتبر فيه هذا المصرف غير خالص لجهة من جهات البر ، إذ حدده بأنه حال العمل بقانون الغاء الوقف دون اعتداد بوقف انشائه ولا تفرقة بين الوقف الذى يتمخض مصرفه خالصاً منذ البداية لجهة من جهات البر وذلك الذى – يكون مصرفه مشتركاً بين هذه الجهات وبين جهات غير الخيرات .

(الطعن ١٨٦١ س٥٠ جلسة ٢٤/٤/١٩٨٤) .

مفاد المادة الرابعة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بقسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف يدل على أن لجان القسمة المنشأة بموجب هذا القانون لا تختص بالفصل فى أصل الاستحقاق أو مقداره عند المنازعة فيه ، ولا بالفصل فى المنازعة حول تحديد مصرف الوقف وما إذا كان أهلياً أم خيرياً باعتبارها منازعة فى أصل الاستحقاق ، وانما تأمر إذا ما أثيرت لديها منازعة من ذلك إما برفض طلب القسمة وإما باجرائها حسبما تراه ظاهراً من الأوراق ، ويكون حكمها بالقسمة فى هذه الأحوال غير مؤثر على الحق المتنازع فيه وغير مانع من رفع الدعوى به الى المحكمة المختصة .

(نقض ٢٥/١١/١٩٨٠ س٣١ ص١٩٤٦) .

=

(ب) شخصية الوقف :

الوقف هو مال معيّن حُبس عن التعامل وخُصص لأغراض البر ، فهو لا يُعتبر مملوكاً لشخص معيّن ولا للمستحقين ، وهو بذلك ، يكون خارجاً عن التعامل .

ويتمتع الوقف بالشخصية المعنوية(1) ، وتثبت له الشخصية القانونية من وقت انشائه ، وهو ينشأ بمقتضى اشهاد رسمى أمام المحكمة ، ويقيّد بدفاترها . وإذا كان المال الموقوف عقاراً ، فإنه ينبغى تسجيل الاشهاد وإلا فلا يعتبر العقار موقوفاً لأن الملكية لا تزول عن المالك إلا بالتسجيل .

وتكون للوقف ذمة مالية مستقلة تُسأل عن ديونه ، ولا

= يصبح ما انتهى فيه الوقف على غير الخيرات ملكاً للواقف إن كان حياً وله حق الرجوع فيه فإن لم يكن آلت الملكية للمستحقيم الحاليين كل بقدر حصته فى الاستحقاق ، على أن المادة الرابعة من القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء الوقف قد نصت – استثناء من هذه القاعدة – على ان الملكية لا تؤول الى الواقف متى ثبت أن استحقاق من سيخلفه فى الاستحقاق كان بعوض مالى أو بضمان حقوق ثابتة قبل الواقف – وفقاً لأحكام المادة ١١ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ – إذ يؤول فى هذه الحالة ملك الرقبة الى من سيخلف الواقف من المستحقين كل بقدر حصته ويكون للواقف حق الانتفاع مدى حياته .

(نقض ١٩٦٣/٢/٢١ س١٤ ع٣ ص٢٧٢) .

(نقض ١٩٨٣/٤/١٩ س٣٤ ص١٠١٢) .

(1) م ٥٢ مدنى ، والوقف باعتباره شخصاً اعتبارياً مسئول قِبَل الغير عن الخطأ الذى يقع من ممثله ويضر بهذا الغير .

(نقض ١٩٦٨/١٠/٢٤ س١٩ ص١٢٦٧).

يجوز للوقف أن يتمسك بالتقادم المكسب شأنه فى ذلك شأن الأفراد . ذلك أن الحكمة التى أقيم عليها هذا التقادم فى القانون المدنى هى أن الملك وإن كان لا يزول عن صاحبه بعدم وضع يده عليه مهما طال الترك إلا أن وضع اليد المستوفى للشروط القانونية يعتبر قرينة على شرعية الملك ، وهى قرينة قانونية بسيطة يصح دحضها ولكن إذا تطاول عليها الزمن المدة التى حددها القانون ارتفعت الى مصاف القرائن القاطعة التى لا تقبل نقضاً .

(طعن ٤٠٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٥/٣/١٠) .

يُسأل عنها المستحقون . ويعتبر ناظر الوقف نائباً عن جهة الوقف لا عن المستحقين (١) .

« الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله»

---

(١) قارن قضاء النقض : وكالة ناظر الوقف عن المستحقين – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – تقف عند حد المحافظة على حقوقهم فى الغلة وفى العناية بمصدر هذا الحق وهو الأعيان دون أن تمتد الى ما يمس حقوقهم فى الاستحقاق .

(نقض ١٩٧١/١٢/١ س٢٢ ص٩٦٣) .

ناظر الوقف وإن كان لا يُسأل فى دعوى الحساب إلا عما قبضه بالفعل من ايراد الوقف ، إلا أنه باعتباره وكيلاً عن المستحقين يكون مسئولاً فى ماله الخاص عما ينشأ عن تقصيره الجسيم نحو أعيان الوقف وغلاته ، وعن تقصيره اليسير إذا كان له أجر على النظر .

(نقض ١٩٧٢/٥/١٨ س٢٣ ص٩٦٣) .

الفهـــرس

الباب الثانى